국역 高等法院判決錄

제 3 권

(민사편 - I)

법 원 도 서 관

머 리 말

법원도서관은 일제강점기 시대의 상고심 판결집인 '高等法院判決錄'의 번역사업에 착수하여 지금까지 제1권 민사편, 형사편과 제2권 민사편, 형사편을 출간하였습니다. 올해에도 위 판결록의 국역사업을 계속하여 이번에 3권 민사편과 형사편을 동시에 발간하게 되었습니다.

이 책에는 1915년부터 1916년까지 조선총독부 고등법원에서 선고된 민사판결들의 번역문과 그 원문을 수록하였습니다. 이 판결들은 한일합방 직후 시기의 법률문화와 시대상 등을 알 수 있는 소중한 자료로서 법조인뿐만 아니라 법제사 연구자 및 일반 국민에게까지 여러 면에서 큰 도움이 될 것으로 기대합니다.

앞으로도 법원도서관은 지속적으로 '高等法院判決錄'의 국역사업을 해 나갈 것이며, 그 성과물이 관련 분야의 깊이 있는 연구에 디딤돌이 되기를 바라마지 않습니다.

번역 및 감수작업에 참여해 주신 분들과 이 책이 나오기까지 실무작업을 하여 주신 관계자 여러분께 깊은 감사를 드립니다.

2007. 12.

법원도서관장 민 일 영

일 러 두 기

1. 이 책은 법원도서관이 소장하고 있는 '高等法院判決錄' 제3권 중 민사편을 국역한 것으로서, 1915년부터 1916년까지 조선총독부 고등법원에서 선고된 민사 판결 및 결정 154건에 대한 번역문과 원문을 함께 수록하였습니다.
2. 한글 표기를 원칙으로 하되, 한글만으로는 의미가 명확하지 않아 한자의 표기가 필요한 경우에는 괄호 안에 한자를 기재하였습니다.
3. 법률용어는 현대의 용어로 번역하는 것을 원칙으로 하였으나, 현재 존재하지 않거나 의미에 차이가 있는 용어는 원문의 용어를 그대로 사용하였습니다.
4. 표기방법은 다음과 같이 통일하였습니다.
   가. 연도의 표기는 원문의 연호 중 구한국의 연호인 건양, 광무, 융희는 그대로 사용하면서 괄호 안에 서기 연도를 병기하였고, 일본의 연호는 원칙적으로 서기로 바꾸어 기재하였습니다. 다만 사건번호 내의 연도 표시에는 연호만을 기재하고, 서기 연도를 병기하지 않았습니다.
   나. 일본인의 성명은 우리나라 한자음을 기재하고, 괄호 안에 한자와 성(姓)에 대한 일본음을 함께 기재하였습니다.
   다. 원문의 「 」는 " "로 표시하고, 판결요지에 해당하는 부분에 찍혀 있는 방점은 밑줄로 표시하였습니다.
5. 이 책에 기재된 각주는 본문에는 없으나, 이해를 돕기 위하여 편역자가 붙인 것입니다.
6. 이 책 앞 부분에는 원문에 있는 사건목록과 사항목록을 번역하여 수록하였습니다. 사건목록은 판결을 선고일 순으로 정리한 것이고, 사항목록은 판결을 참조법령별로 분류한 것입니다. 사항목록 중 법령 앞의 '×'는 당시의 현행법령이 아님을 나타내고, 판례 앞의 '◁'는 대한제국 법규 및 대한제국 국민에 대한 특수한 법규 또는 관습에 관한 것임을 나타내는 표시입니다.

(제 3 권)

민　　사

사 건 목 록

[민사편 - I]

순번	사 건 명	선 고 일	사건번호	상고인/항고인	피상고인	면수
17	손해배상청구에 관한 건	1915년 3월 19일	대정4년 민상제41호, 제42호	영석암삼랑	고삼승	76
18	토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건	4월 9일	민상제78호 내지 제89호	김호선 외 43인	김규복 외 11인	80
19	손해배상청구에 관한 건	4월 13일	민상제9호 내지 제14호	김은용	박영하 외 5인	84
20	토지소유권이전증명절차이행 및 인도청구에 관한 건	4월 20일	민상제28호	윤경중	광강정행	88
21	주금(株金)납입체납금부족액청구에 관한 건	4월 23일	민상제95호	부산공익 주식회사의 청산인 등아부차랑	전대직길 외 4인	112
22	전토(田土)소유권확인 및 인도청구에 관한 건	4월 23일	민상제101호	이봉춘	김동영	115
23	부산공동건축회회비환급청구에 관한 건	4월 30일	민상제93호	소야화일 외 1인	산전후사 외 2인	118
24	부금(講金)청구에 관한 건	5월 4일	민상제75호	충전민태랑 외 2인	앵정현차랑	123
25	연대채무대금(貸金)청구에 관한 건	5월 7일	민상제100호	중본정길	심목광길	126
26	토지소유권확인·인도 및 증명말소절차이행청구에 관한 건	5월 18일	민상제58호	한응순	김용진	132
27	매매대금반환청구에 관한 건	6월 8일	민상제113호	배상락	서병조	136
28	보증채무이행청구에 관한 건	6월 15일	민상제66호	대가희삼랑 외 1인	매미선평	141
29	토지소유권확인·인도 및 토지매매증명말소절차청구에 관한 건	6월 8일	민상제112호	길원삼랑	서정구	145
30	차지권(借地權)확인청구에 관한 건	7월 2일	민상제98호	민영찬	이태현	148
31	이혼청구에 관한 건	7월 6일	민상제140호	김 정	박숙양	156
32	대금(貸金)청구에 관한 건	7월 6일	민상제137호, 제164호	김봉은	강춘사	166
33	토지인도 및 손해배상청구에 관한 건	7월 6일	민상제147호	김윤명	서병조	179

순번	사 건 명	선 고 일	사건번호	상고인/항고인	피상고인	면수
34	토지소유권확인 및 증명말소절차청구에 관한 건	1915년 7월 6일	대정4년 민상제158호	서돈순	이순향	183
35	유산분여청구에 관한 건	7월 9일	민상제157호	임철상 외 1인	임병룡	190
36	토지소유권확인청구에 관한 건	7월 20일	민상제96호	조덕일	장영섭 외 4인	200
37	토지소유명의말소 및 재산인도청구에 관한 건	9월 7일	민상제178호	한규용	이보광	202
38	외상대금청구에 관한 건	9월 28일	민상제195호	경성히노마루수산 주식회사	낙합충사랑	207
39	약속어음청구에 관한 건	9월 28일	민상제197호	조철희	원전구삼랑	209
40	땔감(薪)소유권확인 및 인도청구에 관한 건	9월 28일	민상제180호	문성호	이경선 외 1인	211
41	약속어음금청구에 관한 건	10월 8일	민상제207호	이종희	성육태	216
42	공동입회(入會)권확인청구에 관한 건	10월 15일	민상제211호	녹전동 외 7인	정진옥 외 9인	219
43	강제집행이의에 관한 건	10월 19일	민상제186호	윤성옥	진원칠우위문	222
44	토지인도 및 증명말소절차청구에 관한 건	10월 26일	민상제222호	무촌수지	박해인	224
45	다다미 건구(建具) 등 인도청구에 관한 건	11월 2일	민상제192호	고성매계	고목수	231
46	전답(田畓)소유권확인 및 인도청구에 관한 건	11월 2일	민상제233호	임종상	임광수 외 2인	234
47	대금(貸金)청구에 관한 건	11월 30일	민상제241호	장택환	김기필	243
48	위탁수취금잔액청구에 관한 건	11월 30일	민상제250호	홍원표	이태원	248
49	손해배상청구에 관한 건	12월 10일	민상제166호	암기원차랑	대판상선 주식회사	252
50	손해배상청구에 관한 건	12월 24일	민상제268호	광장 주식회사	호근호	255
51	대지료(貸地料)청구에 관한 건	12월 17일	민상제252호	대총승길	대삼세이	259
52	약속어음금청구에 관한 건	12월 21일	민상제257호	주식회사 공익사	박수강	262
53	토지가옥소유권확인청구에 관한 건	12월 24일	민상제235호	산본관어	음진명	267
54	계산잔금청구에 관한 건	12월 24일	민상제263호	김상필	박만화	274

순번	사 건 명	선 고 일	사건번호	상고인/항고인	피상고인	면수
55	토지공유권확인청구에 관한 건	1916년 1월 4일	대정5년 민상제288호	이응두	이성학	278
56	토지소유권확인청구에 관한 건	1월 21일	대정4년 민상제251호	조덕일	장영섭 외 3인	280
57	토지소유권확인청구에 관한 건	1월 25일	대정5년 민상제280호, 제281호	목랑수수	정억수	285
58	토지대금청구에 관한 건	2월 15일	민상제289호	하읍영조	김기덕	288
59	약속어음금청구에 관한 건	2월 29일	대정4년 민상제284호	서도봉이랑	아천중랑	294
60	손해배상청구에 관한 건	3월 3일	민상제278호	심상진	정인욱	298
61	손해배상청구에 관한 건	3월 7일	대정5년 민상제12호	동양척식 주식회사	김성근 외 1인	303
62	부당이득금청구에 관한 건	3월 7일	민상제27호	박상근	공응규	312
63	토지소유권확인 및 증명말소절차이행청구에 관한 건	3월 10일	민상제30호	윤상팔	조성강	319
64	토지소유권확인 및 강탈물반환에 관한 건	3월 14일	대정4년 민상제293호	이종옥	고학윤	322
65	산지소유권확인 및 인도청구에 관한 건	3월 17일	민상제309호	문병희 외 15인	이상진 외 2인	326
66	친권, 재산관리권상실청구에 관한 건	3월 24일	대정5년 민상제10호	현소사	이금자	329
67	보증채무이행청구에 관한 건	3월 28일	민상제25호	매미선평	대하희삼랑 외 1인	333
68	수목소유권확인·인도 및 손해배상청구에 관한 건	3월 11일	민상제24호	이병두	정창영	338
69	토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건	4월 7일	민상제18호	김상규	한수인 외 1인	342
70	손해배상청구에 관한 건	4월 11일	민상제274호	주식회사 한호농공은행	진전무길	345
71	토지반환청구에 관한 건	4월 11일	민상제40호	박수일	이우철	356

순번	사 건 명	선 고 일	사건번호	상고인/항고인	피상고인	면수
72	부당이득금반환청구에 관한 건	1916년 4월 11일	대정5년 민상제50호	이향재	김현경	359
73	손해배상청구에 관한 건	4월 14일	민상제32호	오경조	이철영	361
74	토지소유권확인, 손해배상청구 및 반소청구에 관한 건	4월 14일	민상제51호, 제52호	장두룡	장연수	372
75	토지대금청구에 관한 건	4월 14일	민상제56호	이복환	임수전	379
76	입양확인청구에 관한 건	4월 18일	민상제58호	김영명	이씨	384
77	담당채무이행청구에 관한 건	1916년 4월 21일	대정5년 민상제65호	김준희	이덕우	389
78	보비(譜費)청구에 관한 건	4월 25일	민상제63호	김창진	김문두	394
79	강제집행이의에 관한 건	4월 25일	민상제67호	임구미장	조선연초 주식회사	398

[민사편 – II]

순번	사 건 명	선 고 일	사건번호	상고인/항고인	피상고인	면수
98	어업권대부계약유효확인청구에 관한 건	1916년 7월 10일	대정5년 민상제135호	어윤적	서상관	490
99	토지소유권확인·인도 및 소유권이전증명말소절차이행청구에 관한 건	7월 25일	민상제124호	심의술	문소사	498
100	토지매매증명취소 및 소유권이전증명절차이행청구에 관한 건	8월 11일	민상제103호	조동민 외 1인	김정규 외 1인	502
101	토지소유권확인청구에 관한 건	8월 15일	민상제132호	방주일 외 3인	설인개 외 5인	506
102	가독상속회복 및 민적등록말소절차이행청구에 관한 건	8월 18일	민상제156호	김동식	이중옥	510
103	대금청구에 관한 건	8월 22일	민상제158호	김영곤	관원동지진	515
104	토지소유권확인 및 토지증명말소절차이행청구에 관한 건	9월 5일	민상제141호, 제142호	이우	윤덕홍 외 14인	517
105	토지소유권확인증명말소 및 손해배상청구에 관한 건	9월 12일	민상제150호	서병학	안윤오	521
106	등기말소청구에 관한 건	9월 26일	민상제140호	이순경	서돈순	526
107	가옥수거 및 손해배상청구에 관한 건	9월 29일	민상제151호	황종육	내등정길	529
108	급료 및 체당금청구에 관한 건	9월 29일	민상제162호	서상용	고리창길	534
109	토지소유권확인 및 증명말소절차청구에 관한 건	10월 3일	민상제179호	이보광화	상전승장 외 2인	537
110	손해배상청구에 관한 건	10월 6일	민상제152호	죽전진삼평	등천중태랑	549
111	민적오류정정 및 일가창립청구에 관한 건	10월 6일	민상제188호	박영상	박대유	554
112	토지대금청구에 관한 건	10월 10일	민상제183호	목포부[1]	홍장현	556
113	토지소유권확인 및 토지보존증명말소절차인도청구에 관한 건	10월 13일	제186호	정양사	임봉호	565
114	토지인도 및 등기절차이행청구에 관한 건	10월 13일	민상제189호	윤봉규	허인술	572

1) 목포부(木浦府) : 자치단체를 의미함.

순번	사 건 명	선 고 일	사건번호	상고인/항고인	피상고인	면수
136	산지인도청구에 관한 건	1916년 11월 30일	대정5년 민상제249호	김병욱 외 1인	황남응 외 1인	668
137	신인금(信認金)반환 및 손해배상청구에 관한 건	12월 8일	민상제246호	전촌정차랑	비전전기철도 주식회사	671
138	강제집행이의청구에 관한 건	12월 8일	민상제256호	김문화	송태용	680
139	담보금청구에 관한 건	12월 12일	민상제252호	김창덕	신태희	688
140	부당이득금반환청구에 관한 건	12월 12일	민상제257호	한진국	류종주	692
141	대금청구에 관한 건	12월 15일	민상제263호	박원규	안원명	705
142	답토공유권확인 및 인도청구에 관한 건	12월 19일	민상제169호	전연기 외 15인	전상기 외 15인	709
143	손해배상청구에 관한 건	12월 19일	민상제267호	권병필	곡우응	715
144	부동산매매무효확인 및 등기말소절차이행청구에 관한 건	12월 22일	민상제239호	제등진	송전풍	720
145	대금청구에 관한 건	12월 22일	민상제265호	일조조치랑	금정형	729
146	토지환매청구에 관한 건	12월 22일	민상제265호	박춘근	용원채	732
147	손해배상청구에 관한 건	12월 26일	민상제295호	김상교	심섭 외 8인	744
148	대금청구에 관한 건	12월 26일	민상제180호	최세용	김영길	747
149	대금청구에 관한 건	12월 26일	민상제273호	권석기	박우양	757
150	토지소유권확인·인도 및 증명말소절차이행청구에 관한 건	12월 28일	민상제196호	이협용	김이수	761
151	대금청구에 관한 건	12월 28일	민상제255호	탁자중	신갑식	767
152	계산잔금청구에 관한 건	12월 28일	민상제270호	김응석	제등구태랑	776
153	임대료청구에 관한 건	12월 28일	민상제280호	노창수	김동순	787
154	산지소유권확인 및 벌채 송연목(松椽木) 인도청구에 관한 건	12월 28일	민상제293호	조원구	조명구	792

사항목록 색인

사 항 목 록

×표시는 폐지된 법규
◁표시는 조선인에 대한 특수한 관습

민 법

제1편 총칙

제1장 인(人)

제3장 물건

제4장 법률행위

제6장 시효

제2편 물권

제1장 총칙

제2장 점유권

제3장 소유권

1) 입지완문(立地完文) : 조선시대 토지소유권 증명문서

제3편 채권

제1장 총칙

제2장 계약

2) 차인(差人) : 종업원을 의미함.

3) 무진(無盡) : 상호 신용계(契)

제4장 부당이득

제5장 불법행위

4) 지소(地所) : 토지를 의미함.

5) 광결(曠缺) : 부존재(不存在)를 의미함.

제4편 어음

제1장 총칙

제2장 환어음

제3장 약속어음

민사소송법

제1편 총칙

제2장 당사자

제3장 소송절차

제2편 제1심 소송절차

제1장 지방법원의 소송절차

○

6) '고장(故障)신청'이라 함은 이의 신청을 의미함.

제1장 항소

제2장 상고

제4편 재심

7) 광결(曠缺) : 부존재(不存在)를 의미함.

8) 입지완문(立地完文) : 조선시대 토지소유권 증명문서

조선부동산증명령

부동산등기법

민법시행법

이자제한령

9) 정당한 권원.

조선광업령 × 구한국 광업법

우편법

관세법

× 형법대전

분묘, 위토

대전회통

호전, 제전

1 손해배상청구에 관한 건
〔대정3년민상제400, 제401호 1915년 1월 15일 판결〕

【판결요지】

1. 공동소송인에 대하여 권리관계가 합일로만 확정하여야 하는 것이 아닌 때에는, 공동소송인 중의 1인에 대한 소송절차의 위법은 다른 공동소송인에 대하여 적법하게 이루어진 소송절차에 아무런 영향을 미치지 아니한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 함흥지방법원 북청지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 이지석 외 14인
소송대리인 중촌시장(中村時章, 나까무라)
【피상고인】 이진성 외 5인
소송대리인 장도

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1914년 5월 9일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고가 제기되었으므로 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 이성술에 관한 부분 및 원심소송절차 중 같은 사람에 관한 1913년 10월 7일 구술변론 이후의 소송절차를 파기하고 사건을 경성복심법원에 환송한다.

그 밖의 상고는 이를 기각한다.

상고 소송비용은 이성술 승계인 이정룡에 관한 부분을 제외한 나머지는 모두 상고인 이지석, 이정륜, 이지복, 이순갑, 이병술, 이룡하, 이윤하, 이형술, 이남술, 이오봉, 이경하, 이응술, 이순하의 연대부담으로 한다.

【이 유】

상고이유의 제1점은 다음과 같다.

원판결 중 항소인의 1인인 이성술은 1912년 9월 30일 사망하였으므로, 같은 사람에 대한 소송절차는 그 때 당연히 중단되어야 하는 것이다. 위 사망시는 제2심 계쟁 중이므로 그 후의 위임에 의하여 소송대리인에 의하여 이루어진 모든 소송행위는 전부 무효가 되어야 한다. 원심은 마땅히 직권으로 당시 같은 사람의 사망에 의하여 소송절차를 중단하고 승계에 관하여 법률상의 절차를 다하여야 함에도 그러하지 않았다. 본건은 공동불법행위를 원인으로 연대의 소구를 한 것이므로, 위 이성술에 대한 소송절차의 위법은 본건 전부에 관하여 파기를 면할 수 없다.

살피건대, 이성술이 본건 손해배상사건에 관하여 함흥지방법원 북청지청이 선고한 판결에 대하여 1912년 8월 14일 항소제기를 하고, 당해 사건이 경성복심법원에 계속 중 같은 해 9월 10일 사망한 것은 본건 기록 및 상고장 첨부의 이성술에 관한 민적부의 인증등본에 비추어 명백하다. 따라서 이성술의 승계인이 수계절차를 하기까지는 사망과 동시에 그 소송절차는 중단하여야 한다. 그런데 같은 사람의 승계인이 소송절차의 수계를 하지 아니함에도 불구하고 누군가 사망자인 이성술의 명의를 사용하여 변호사에게 소송대리를 위임하고, 원심에서 소송행위를 하게 하였다. 이것은 소송절차중단 중의 행위로서 정당하게 소송대리의 위임을 받지 아니한 대리인에 의하여 이루어진 것이고, 이에 기하여 한 이성술에 관한 원심의 소송절차의 전부 및 그 판결은 모두 부적법하다. 이 점에 관한 상고는 그 이유가 있으므로 원판결 중 이성술에 관한 부분 및 같은 사람에 관한 원심의 소송절차는 전부 파기를 면할 수 없다. 그러나 본소에서 피상고인 등은 상고인 등이 마음대로 피상고인 등 소유의 수목을 벌채한 불법행위에 의하여 발생한 손해의 배상을 청구하는 것이라면, 그 성질은 공동소송인에 대하여 권리관계가 합일로만 확정하여야 하는 것이 아니므로, 공동소송인 중의 1인에 대한 소송절차의 위법은 다른 공동소송인에 대하여 적법하게 이루어진 소송절차에 아무런 영향을 주지 않는다. 따라서 위와 같은

이성술에 대한 소송절차의 위법은 본건 전부에 관하여 파기를 면할 수 없다는 논지 끝 부분은 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 당사자가 원용하는 중요한 증거에 관하여 설명을 하지 아니한 이유불비가 있다. 원심에서 상고인이 제출한 을 제1호증의 1은 계쟁 산판(山坂)에 관하여 족장(族長)으로서 지적(地籍)의 보고를 한, 즉 일족을 대신하여 당해 산판(山坂)에 관하여 권리를 대표할 수 있는 이정성이 당해 산판(山坂)에 관하여 상고인 등의 소유권을 인정한 서증으로써, 상고인의 주장사실에 대한 주요한 증거이다. 원판결은 이를 배척함에 있어 당해 증거는 상고인 등의 강제에 기한 것이라는 등으로 설시하여, 설시한 증서의 성립이 강제에 의한 것이므로 진실에 반한다는 것인지, 또는 당해 증명서 기재의 계약이 협박에 의한 것이므로 무효라는 것인지 불분명하다. 그리고 당해 증서에 대한 설시 후단에는, 이정성이 본건 산판(山坂)에 관하여 어떠한 처분권한을 갖고 있었다는 흔적을 인정할 수 없으므로, 위 을 제1호증의 1 및 이에 관련된 같은 호증의 2로써 항소인(상고인) 본래의 소유권을 인정할 증좌(證左)가 될 수 없음은 물론, 또한 항소인 등이 소유권을 취득한 것으로 할 수 없는 것이라고 하고 있다. 처분권한의 유무에 의하여 당해 증거가 입증하려는 산판(山坂) 본래의 귀속을 운운하는 것은 사리가 심히 불명하게 된다. 상고인 입증의 취지는, 당해 증거로서 이정성이 산판(山坂)소유권을 상고인에게 이전한 것을 증명하려는 것이 아니라 상고인 본래의 소유임을 증명하려는 것이므로, 당해 증거의 입증취지를 오해하고 적당한 배척의 설시를 결하는 것이라고 말하여야 한다. 더 나아가 상고인 등의 소유 운운이라고 설시한 것에는 한층 상고인 입증의 취지에 적합하지 아니한 배척의 설시임이 현저하다. 요컨대, 이 점에서 당사자가 제출한 중요증거에 관하여 설명을 하지 아니한 것은 판결의 이유에 불비가 있다고 말하지 않을 수 없다.

그러나 원심에서 상고인이 피상고인의 일족인 소외 이정성이 본건 산판(山坂)이 상고인의 소유에 속한다는 것을 인정하고, 그 분묘를 이장(掘移)하는 것을 승낙하며 을 제1호증의 1인 계약서를 교부한 사실을 주장하고, 본건 산판(山坂)은 본래 상고인의 소유라고 항쟁함에 대

하여, 원판결은 당해 항변을 배척하는 이유로써, “소외 이정성이 피항소인 등(피상고인)의 일족이라는 것은 을 제5호증 및 증인 이정성의 진술에 의하여 이를 인정할 수 있지만, 증인 이병영의 진술에 의하면 위 계약은 피항소인 등(항소인 등의 오기라고 인정된다)(상고인)의 강제에 기한 것임을 추인할 수 있을 뿐만 아니라, 위 이정성이 본건 산판(山坂)에 관하여 어떠한 처분권한을 갖는다는 흔적을 인정할 수 있는 것이 없으므로, 위 을 제1호증의 1 및 이에 관련되는 같은 호증의 2로써 항소인(상고인) 본래의 소유권을 인정할 증좌(證左)로 할 수 없음은 물론, 또한 항소인 등이 이에 의하여 소유권을 취득하였다고 할 수 없는 것이므로 위 항변은 이유가 없다”고 설시하고 있다. 이를 본다면 원심은 을 제1호증의 1은 소외 이정성으로부터 임의로 교부된 것이 아니라 상고인이 강제적으로 작성시킨 것이므로, 이정성이 본건 산판(山坂)을 상고인의 본래의 소유라고 승인하고 이를 교부한 것이라고 인정하기 어렵고, 따라서 당해 증거 및 같은 호증의 2에 의하여 본건 산판(山坂)이 상고인의 본래의 소유라는 상고인의 항변을 채용할 수 없다고 하여 그 항변을 배척한 것이 명백하므로, 위 설시에 의하여 상고인의 항변을 배척하는 이유는 구비되어 있으므로 원판결에는 소론과 같이 이유불비의 위법이 없다. 또한, 원심 구두변론조서에 의하면, 상고인은 원심에서 을 제1호증의 1, 2로써 계쟁지는 상고인의 소유임을 입증하려는 것이 명백하므로, 원판결에 해당 증거로서 본건 산판(山坂)이 상고인의 본래의 소유권을 인정할 증좌(證左)로 할 수 없음은 물론, 또한 이에 의하여 상고인이 소유권을 취득하였다고 인정할 수 없다고 설시한 것은 입증취지에 대한 적절한 설명으로, 소론과 같은 입증취지를 오해한 것이 아니므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

위에서 언급한 설명과 같이 민사소송법 제447조 제1항, 제2항, 제448조, 제452조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

2 토지매매증명이행청구에 관한 건
〔대정3년민상제540호 1915년 1월 29일 판결〕

【판결요지】

1. 군수는 지세령시행규칙(地稅令施行規則)에 의하여 증명관리(證明官吏)의 통지에 의하지 아니하면 결수연명부(結數連名簿)상에 있어서의 소유명의를 말소할 수 없으므로, 그 말소신고를 하여야 함을 청구하는 것은 불필요한 행위를 구하는 것이므로, 그 청구는 이를 기각하여야 한다.

【제 1 심】 부산지방법원 진주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 박준섭
소송대리인 정구창
【피상고인】 정순연

위 당사자 간의 토지매매증명이행 청구사건에 관하여 1914년 9월 30일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 제기하므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다. 결수연명부(結數連名簿)는 토지에 관한 공부(公簿)로서 승인되기에 이른 것은 1913년 8월 15일 정무총감관(政務總監官) 통첩(通牒) 제260호에 의하여 분명하다. 이것은 마치 1912년 4월 이전 조선에서 행하여진 토지건물증명규

정에 의한 증명과 동일한 효력을 갖는 것이다. 따라서 결수연명부의 명의(名義)의 유무는 권리에 다대한 영향을 미친다. 그리고 진정한 소유자가 아닌 자를 결수연명부에 소유자의 명의로 기재된 경우에 그 명의자가 자신의 소유가 아닌 취지를 갖추어 말소를 청구할 때에는, 증명관리는 그 취지를 군수에게 통지하고 군수는 이에 의하여 말소하여야 하므로, 위 말소청구는 결수연명부 명의의 정정·변경 또는 말소의 기본이라고 말하여야 한다. 따라서 만일 위와 같은 경우에는 진정한 소유자는 명의인에 대하여 소유권의 방해배제로 그 말소를 청구할 수 있으므로, 본건에 관하여 원판결은 위와 같은 견해를 취하지 않고 청구할 수 없다고 하여 상고인의 청구를 배척한 것은, 법칙을 부당하게 적용한 것이다.

그러므로 살피건대, 본건의 토지가 지세(地稅)를 부과할 수 있는 토지임은 원판결이 확정하는 바이고, 또한 본소는 상고인이 본건 토지를 장치규로부터 매수하여 그 소유권을 취득한 것임에도 남해군청의 결수연명부에 피상고인의 소유명의로 등록되어 있으므로 군수로 하여금 그 소유명의를 말소시키기 위하여, 피상고인에 대하여 그 말소신고를 하여야 한다는 청구인데, 결수연명부의 당해 토지의 피상고인 소유명의 말소는 그 소유권의 이전에 준하여야 하는 것이다. 그렇다면 군수는 지세령(地稅令)시행규칙에 의하여 증명관리(證明官吏)의 통지에 의하지 아니하면, 절대로 지세를 부과할 토지의 소유권이전을 결수연명부에 등록할 수 없는 것과 동일하게, 결수연명부상에 있어서의 본소토지의 피상고인 소유명의를 말소할 수 없는 것이 된다. 따라서 그 말소에 관하여는 당사자의 말소신고는 전연 불필요한 것은 물론이고, 상고인이 피상고인에게 그 불필요한 말소신고를 하게 하는 권리가 없음은 자명한 이치이다. 특히 결수연명부는 단지 토지에 관한 징세 공용(供用)의 도구임에 불과하므로, 여기에 어떠한 기재가 있다는 것으로 그 토지에 관한 권리·의무를 정하는 효력을 당연히 가져야 하는 것이 아니다. 따라서 원심이 전단 설시의 취지와 동일한 이유하에 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하므로, 논지는 이유 없다.

위와 같은 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 같은 법 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

3 가독상속권(家督相續權)확인청구에 관한 건
〔대정3년민상제509호 1915년 1월 20일 판결〕

【판결요지】

1. 조선인 간에 있어서는 호주(戶主)인 피상속인에게 그 서출(庶出)의 남자가 있는 경우라도 다른 곳으로부터 양자를 들일 수 있고, 또한 그 양자는 상속에 관하여 적출의 남자와 동일한 권리를 갖는 관습이 있다(상고이유 제2점)

【제 1 심】 평양지방법원 안주지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 김영학
소송대리인 김응섭
【피상고인】 김영관

위 당사자 간의 가독상속확인 청구사건에 관하여 1913년 9월 13일 평양복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인은 상고를 제기하므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 본건에서 김성정이 적출의 남자 없이 1895년 음 6월 15일

에 사망하고, 그 가에 동인의 서출남자로서 같은 해 정월 출생한 피항소인이 있다는 것에는 다툼이 없으므로, 이에 따라 피항소인은 당연히 김성정의 가독을 상속한 것이라고 주장하지만, 을 제5호증의 12의 기재 및 원심 증인 김명규, 김의현, 민소사, 당심 증인 김재현, 김석진의 증언을 종합하면, 성정의 사망에 앞서 동인이 항소인을 양자로 하였다는 항소인의 항변사실을 인정하여야 한다고 한다. 그러나 상고인의 주장사실로서는, 상고인의 망부(亡父) 김성정은 실자(實子)인 상고인으로서 자기 또는 그 부모(상고인의 조부모)의 제사를 지내고, 일체의 상속을 시키며, 단 그 조부모(상고인의 증조부모)만은 피상고인으로 하여금 제사를 지내게 한 것이다. 그것은 피상속인 김성정 및 그 부모 양대(兩代)는 적출의 자손이 없으므로 서자인 상고인으로 그 양대의 제사를 지내게 하여, 이에 따라 성정의 일체 가독을 상속시키고, 김성정의 조부모(상고인 및 피상고인의 증조부)는 이미 적증손(嫡曾孫)인 피상고인으로서 그 조부모의 제사만을 피상고인으로 하여금 봉사하게 한 것은, 성정이 자신의 혈통을 존중하는, 적(嫡)은 서(庶)에 앞선다는 당시의 관례를 유지한 생전의 처분이다. 그렇다면 피상고인은 그 증조부모의 제사만 김성정으로부터 승계한 것이지만, 김성정의 양자로서 동인의 가독을 상속한 것이 아니다. 가령, 피상고인은 일시 그 증조부모의 제사를 승계한 것에 의해 양자와 같이 자칭한 것 및 타인에게 있어서 이를 인정한 사실이 있다고 하지만, 이로써 적법한 양자라고 하고 그 실자인 상고인이 있음에도 불구하고, 김성정의 가독상속권은 피상고인에게 있다고 인정해서는 아니 된다. 그리고 원판결은 상기와 같이 상고인의 주장사실에 관하여 어떠한 이유로 이를 배척한다고 설명하지 않고, 단지 갑호 각증의 기재는 이 인정을 번복하기에 부족하다는 문구만으로는 위 쟁점에 대한 판단으로 인정하기 어렵다. 나아가 이에 반하여 피상고인의 주장은 단지 김성정 생존 중 피상고인을 양자로 하였으므로 가독상속권을 취득하였다고 운운하는 것이고, 그렇다면 원심은 이 점에 관하여 피상고인의 양자는 과연 법률상 또는 관습상 유효한 양자인지, 만일 유효하다고 한다면 어떠한 방식에 의하여 양자인 사실 및 가독상속권의 존재를 인정할 수 있는지 정확한 판단을 필요로 한다. 또한, 이에 대한 증거로서는 어떠어떠한 인증 및 서증

에 의하여 어떠어떠한 사실을 인정한다는 설명을 주지 않을 수 없는 것임에도, 원판결은 그러한 법률상의 쟁점 및 사실관계에 관하여는 아무런 설시도 없고, 막연히 “을호증 및 증인의 증언을 종합한다면”이라는 설시에 그치는 것으로, 도저히 그 요령을 얻을 수 있는 판단을 주었다고 인정할 수 없다. 또한, 일건 기록을 본다면, 원판결문에 적시된 을호증 및 인증의 증언은 피상고인이 적법한 양자라거나 또는 가독상속권을 갖는 사실을 인정하여야 할 점이 없고, 오히려 상고인의 주장사실과 일치하는 증거임에 의문이 없다. 따라서 원판결은 이유불비의 위법이 있는 동시에 적합하지 않은 증언을 인용하여 사실을 오인한 위법한 판결이다.

그러나 원판결에는 “본건에서 김성정이 적출의 남자 없이 1895년 음 6월 15일에 사망하고, 당시 그 가에 동인의 서출의 남자로서 같은 해 정월 출생한 피항소인이 있음은 다툼이 없으므로, 이에 의해 피항소인은 당연히 김성정의 가독을 상속한 것이라고 주장하지만, 을 제5호증의 12의 기재 및 원심 김명규, 김의현, 민소사, 당심 김재현, 김석진의 증언을 종합하면, 성정의 사망에 앞서 동인이 항소인을 양자로 하였다는 항소인 항변의 사실을 인정할 수 있고, 갑호 각증의 기재는 이 인정을 번복하기에 족하지 아니한 것이다”라고 설시하고 있으므로, 원심이 상고인의 주장사실을 부정하여 피상고인을 김성정의 양자로 인정한 것은 실로 명확하다. 그리고 원심은 이 사실에 기하여 김성정의 가독상속인을 피상고인이라고 판시하고 서자인 상고인이 아니라고 한 것이므로, 원판결의 이유는 본건의 쟁점을 판단하는 이유로서 조금도 부족하지 않다. 특히, 그 인정의 증거에 기한 것임은 상기와 같은 이상은, 그 증거의 내용을 설시하거나 하지 않는 것은 원심의 직권행위에 속하는 것이므로, 그 설명이 없다고 하여 원판결을 불법하다고 말할 수 없다. 또한, 상기의 서증 및 증언의 기재에 비추어 보면, 피상고인이 김성정의 양자가 된다는 사실을 인정하기에 충분하다고 할 기재가 있으므로, 원심이 이러한 증거를 종합하여 상기와 같은 사실을 인정한 것은 상당하므로, 본 논지는 모두 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 (전략) 그리고 양자(養子)라는 것은 적출자의 신분을 취득

하는 것이므로, 본건의 경우에 있어서 가령 항소인의 양자가 된 월일이 서자인 피항소인의 출생 후라고 하더라도 성정의 가독상속인은 원래 항소인이고 서자인 피항소인이 위 가독을 상속하는 것이 될 수 없음은 다언을 요하지 않고, 따라서 이러한 상속을 원인으로 한 피항소인의 청구는 이유가 없는 것이라고 한다. 그러나 종래 조선에서 양자를 들이는 관습으로서는 적자가 없음을 필요로 할 뿐만 아니라, 서자가 없는 것도 요건이 된다. 경국대전 예전입후조(禮典立後條)에 "적첩구무자고관립동종지자위후(嫡妾俱無子告官立同宗支子爲後)"라고 하고, 같은 대전 봉사조(奉祀條)에 "적장자무후즉승자중자무후즉첩자봉사(嫡長子無後則乘子衆子無後則妾子奉祀)"라고 하며, 또한 개국(開國) 503년(1894년) 6월 28일 의안(議案)에 "적첩구무자연후시허솔양(嫡妾俱無子然後始許率養)"이라고 되어 있고, 구 형법대전(舊 刑法大全) 제582조 제2호, 제3호에도 역시 동일한 기재가 있으므로, 서자가 있는 경우에는 양자를 들이는 관습이 없을 뿐만 아니라, 적출자가 없을 때에는 서자가 상속권을 갖는 것은 구한국(舊韓國)의 법칙임은 이미 귀법원의 판례(명치43년민상제14호)이다. 그렇다면 가령 김성정은 일시 양자를 들였다는 사실이 있다고 하여도, 법률상의 제재(制裁) 또는 관습상의 위반에 기한 무효인 행위라고 말하지 않으면 안 된다. 그럼에도 원심은 김성정과 피상고인 간의 입양은 유효한 것처럼 판단을 내리고, 적자의 신분을 취득하고 상속권을 갖는 것으로 판단한 것은 조선에 있어서 종래의 법규 및 관습에 위반하는 위법한 판결이다.

그러나 조선인 간에 있어서는 호주인 피상속인에게 그 서출 남자가 있는 경우라도 다른 곳으로부터 양자를 들일 수 있고, 또한 그 양자는 상속에 관하여 적출의 남자와 동일한 권리를 갖는 관습이 있음은 본원이 이를 인정한다. 따라서 원심이 김성정에게 그 서자인 상고인이 있다고 인정함에도 불구하고 피상고인을 김성정의 양자라고 인정하고, 또한 양자라는 것은 적출자의 신분을 취득하는 것이라면 … 이라고 설시하여 피상고인이 동인의 가독상속인이라고 판시한 것은 상당하다. 그리고 논지가 들고 있는 본원 판례는 피상속인에게 적출자 또는 이와 동일시할 수 있는 양자가 존재하지 아니한 경우에 있어서의 서자의 상속권을 인정한 판지이므로, 당해 판례는 본건의 쟁점에 적절하지

않다. 따라서 본 논지도 역시 그 이유가 없다.

위와 같은 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 같은 법 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

4 토지소유권확인과 토지인도 및 토지소유권증명말소절차이행 청구에 관한 건
〔대정3년민상제537호 1915년 1월 2일 판결〕

【판결요지】

1. 구한국(舊韓國) 임시 제실유 및 국유 재산 조사국(臨時帝室有及國有財産調査局)이 어떤 토지에 대하여 제실유(帝室有), 국유(國有)가 아닌 민유(民有)라고 결정하여 하급처분(下給處分)을 한 경우에, 개인상호 간에 있어서 그 토지의 소유권을 다투고 사법법원(司法裁判所)에 출소한 때에는, 법원은 하급처분 여하에 관계없이 소유권의 소재를 인정할 수 있다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 조중완
소송대리인 장도
【피상고인】 도원(稻垣, 이나가키)합명회사
대표자 도원항길(稻垣恒吉, 이나가키)

위 당사자 간의 토지소유권확인과 토지인도 및 토지소유권증명말소절차이행 청구사건에 관하여 1914년 10월 3일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있어 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 “갑 제3호증에 의하면, 항소인 조부 조병직이 건양(建陽) 원년 중 계쟁지에 대하여 축언기간(築堰起墾)의 허가를 구한국 농상공부(農商工部)로부터 얻은 사실은 인정하기에 족하지만, 계쟁지가 그 당시 이병규의 소유로써 명례궁(明禮宮)에 투탁(投托)되어진 것이라는 사전인정(事前認定)과 같으므로, 이에 대하여 축언기간(築堰起墾)의 허가를 받고 더 나아가 기간(起墾)을 하였다고 하여 조병직이 그 소유권을 취득할 리 없다”고 판정하였다. 그렇지만 본건 토지의 소유권이 이병규에게 속한다는 것은 상고인이 절대로 인정하지 아니하였다. 뿐만 아니라 원심에서도, 갑 제3호증에 의하여 본건 토지는 상고인의 조부 조병직이 구한국 건양 원년(1896년) 중 축언기간(築堰起墾)의 허가를 당시의 농상공부로부터 받은 사실은, 이를 인정하기에 충분하다고 판정함으로써, 가령 본건 토지가 당시 이병규의 소유에 속한 것이 된다고 하더라도, 당시 농상공부로부터 본건 토지에 관하여 적법하게 축언기간(築堰起墾)의 허가를 받은 이상은, 다시 행정상의 절차에 의하여 그 허가가 취소되지 아니하는 한, 굳이 사법법원이 직권으로 그 내용에 관여하여 그 허가의 당부를 판단하여야 하는 것이 아니므로 원판결은 이 점에 관하여 법률에 위배된다.

그러나 기간허가라는 것은 그 문자가 제시하는 바와 같이 단지 어떤 토지에 대하여 농상공부로부터 개간(開墾)을 할 허가를 주어, 개인이 기간(起墾)을 할 수 있음에 그치고, 그 토지에 대한 소유권의 귀속을 정하는 것이 아니다. 따라서 그 토지에 대하여 소유권의 다툼이 있는 경우에 사법법원이 그 귀속에 관하여 판정을 하였다고 하여, 이로써 기간허가의 당부를 판정한 것이 된다고 말할 수 없음은 물론이고, 본건에서 원심은 계쟁지는 피상고인의 전 소유자인 이병규의 소유로

상고인의 조부 조병직의 소유가 아니라고 인정한 것에 그치고, 기간허가의 당부를 판단한 것이 아님은 판결문의 취지에 비추어 명백하므로, 본 취지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 "갑 제1호증에 의하면, 융희 2년(1908년) 2월 중 구한국 임시 제실유 및 국유 재산 조사국에서 조사를 한 다음 계쟁지의 소유권은 항소인에게 속한다는 취지의 결정을 한 것, 갑 제2호증에 의하면 융희 1년(1907년) 2월 중 위 조사에 기하여 구한국 내각총리대신으로부터 계쟁지를 항소인에게 하급(下給)하는 취지의 처분을 내린 것을 인정함에 족하지만, 임시 제실유 및 국유 재산 조사국은 제실유(帝室有) 및 국유 재산 정리를 위하여 제실 또는 나라의 소관에 속하는 재산에 관하여 소유권의 소재를 명확히 하기 위한 조사를 수행하고 결정을 할 수 있지만, 앞의 인정과 같이 위 조사 당시 이미 명례궁(明禮宮)의 소관을 떠나 금부위추(金部爲秋, 가나베)의 소유에 속하고, 제실 또는 나라와 전혀 관계없는 계쟁지에 대하여 조사결정을 할 권한이 없음이 명백한바, 동국(同局)에서 위와 같이 결정을 하고 내각총리대신이 위와 같이 하급처분(下給處分)을 하여도, 금부위추(金部爲秋)의 권리에 어떠한 영향을 미치는 것이 아니다"라고 판정하였다. 그렇지만 당시 임시 제실유 및 국유 재산 조사국에서는 그 관제(官制)에 규정된 직권에 의하여 본건 토지의 관계는 위와 같고, 소외 정의택, 최학규, 금부위추(金部爲秋) 등에 관하여 사실조사의 결과, 본건 토지는 당시 아직도 명례궁의 소관을 떠나지 않은 것으로 인정함으로써, 갑 제1호증과 같이 결정하고, 또한 갑 제2호증과 같이 당시의 내각총리대신이 하급(下給)의 처분을 내린 것이고, 이번에 원심은 사법법원의 직권으로 그 하급처분이 내려진 이전으로 소급하여 소유권의 존재를 추구하며, 그 결정 및 하급처분의 당부를 판단하지 않은 것은 법률에 위배된다.

그러나 구한국 임시 제실유 및 국유 재산 조사국은 제실유 및 국유의 재산을 조사・정리하고, 소유권의 소속을 명확하게 하기 위한 목적으로 설치된 것으로, 만일 개인이 민유(民有)라는 취지를 주장하는 토지에 있어서 조사의 결과 민유가 아니고 제실유 또는 국유임이 판명

되고, 조사국에서 이를 제실유 또는 국유라고 결정한 것과 같은 경우는 별개로 하고, 조사의 결과 어떤 토지에 대하여 제실유가 아니고 또한 국유가 아닌 민유라고 결정하여 하급처분(下給處分)을 한 경우에 개인상호 간에 있어서 그 토지에 대한 소유권의 소속을 다투기 위해 사법법원(司法裁判所)에 출소한 때에는, 법원은 하급처분 여하에 관계없이 증거에 기하여 자유롭게 소유권의 소재를 인정할 수 있다. 그리고 본건 계쟁지에 대하여는 조사국에서 상고인 조중완의 소유라고 결정하고, 당시의 구한국 내각으로부터 동인에게 하급(下給)된 것은 원심에서 확정한 사실이지만, 위 결정의 목적은 계쟁지는 제실유나 국유가 아니고 민유임을 정하는 것이고, 개인 상호간에서의 진정한 소유자는 누구인가를 정하 것이 아님은 상기 설명과 같으므로, 원심이 위 결정 및 처분의 존재를 인정하면서 증거에 기하여 계쟁지는 이병규의 소유로써 동인은 이를 정의택에게 매도하고 동인으로부터 전전(輾轉)하여 피상고인의 소유에 귀속한 것이라고 인정한 것은 상당하고 위법하지 아니하므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결 이유 중, "소외 정의택이 소외 금부위추(金部爲秋)에 대한 채무에 관하여 계쟁지를 한성재판소(漢城裁判所)의 판결에 의해 경매에 붙여진 다음, 융희 원년(1907년) 8월 29일 금부위추(金部爲秋)가 이를 취득하고, 같은 해 10월 중 동인이 토지소유권취득의 인증(認證)을 얻고, 그 후 1910년 중 이를 정의택에게 매도하고, 정의택은 이를 팔목삼차랑(八木三次郎)에게 매도한 사실은 을 제3, 4호증, 같은 7호증 내지 9호증, 같은 13호증의 1, 2, 같은 14호증, 원심 증인 정의택의 진술(供述)에 의하여 이를 인정하기에 족하고, 또한 팔목삼차랑(八木三次郎)이 계쟁지를 피항소인에게 매도하고 동인은 토지소유권이전의 증명을 얻어 그 인도를 받은 것은 항소대리인이 인정하는 바이다"라고 판정하였다. 그렇지만 상고인은 그 형식상의 경매사실이 있었다는 것은 이를 인정하였지만, 원래 그 사실을 절대로 진실하고 유효하다고 인정한 것은 아니다. 즉, 소외 정의택이 소외 금부위추(金部爲秋)에 대한 채무에 관하여 계쟁지를 구한국 한성재판소의 판결에 의해 경매에 붙여진 결과 융희 원년(1907년) 8월 29일 금부위추(金部爲秋)가 이를

취득한 형식으로 되어 있지만, 본건 토지는 원래 상고인의 조상전래(祖先傳來) 의 소유에 속하므로 그 경매는 본건 토지에 대하여 무권원자(無權原者)인 정의택의 채무에 관하여 실시된 절차에 그치는 것이므로 법률상 당연히 그 효과가 없는 것으로써, 상고인으로부터 제1심 이래 주장된 바이다. 그런데도 원심은 그와 같이 주요한 논점에 대하여 일언의 설명을 주지 아니하고, 만연히 본건 토지는 그 경매에 의하여 금부위추(金部爲秋)가 이를 취득한 것임은 항소대리인(상고인)이 인정하는 바라고 판정한 것은, 이유불비의 위법한 판결이다.

그러나 원심은 계쟁지를 경매에 의하여 금부위추(金部爲秋)가 이를 취득하였다는 것은 항소인(상고인)이 인정하는 바라는 판정을 한 것이 아니라, 을 제3호증, 같은 제4호증, 제7호증 내지 같은 제9호증, 같은 제13호증의 1, 2, 같은 제14호증, 제1심 증인 정의택의 진술에 의하여 위 사실을 인정한 것임은 판결문상 실로 명료하고 의문의 여지가 없다. 즉, 원심은 앞서 본 제반의 증거를 종합하여 위 사실을 인정한 것이므로 아무런 이유불비의 점이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 "이를 살피건대, 제1심의 증인 정의택, 이희만, 강훈, 이홍래의 각 진술 및 을 제1호증의 1 및 2의 각 기재를 종합하면 계쟁지는 원래 이병규의 소유지로서 1888년 중 명례궁에 투탁(投托)하고 그 후 같은 궁에서는 일단 그 점유를 상실하였지만, 1904년 중 다시 이를 회복하였다. 1905년 중 투탁을 풀고 계쟁지를 이병규에게 인도함으로써, 동인은 이를 정의택에게 매도한 사실은 실로 명료하고 한 점의 의문도 없다"고 판정하였다. 그렇지만 제1심 증인 이희만, 강훈, 이홍래의 각 진술에 의하여도 상고인의 조부 조병직이 본건 토지에 관하여 구한국 농공상부로부터 축언기간(築堰起墾)의 허가를 얻고, 또한 다액의 자본을 투입하여 수년간을 거쳐 성공한 사실을 증언하고, 오히려 소외 이병규는 본건 토지에 대하여 원래 소유권의 관계가 없음을 증언하였다. 그런데도 원심은 오히려 이러한 증언을 취하여 바로 피상고인의 이익으로 채용한 것은 증거채용의 법칙에 위배된 불법한 판결이다. 그리고 본건 토지를 이병규로부터 1888년 중 명례궁에 투탁(投托)하고 그 후 같은 궁에서는 일단 그 점유를 상실하였지만, 1904년

중 다시 이를 회복하였다는 것은 당사자 간에 처음부터 그와 같이 주장되지 아니하였을 뿐만 아니라, 원심판결의 이유에 의하면, 그 판정이 실로 지나치게 막연하여, 명례궁이 본건 토지에 관하여 이병규로부터 투탁을 받은 후 언제, 어떠한 원인에 의하여 그 점유를 상실하고, 또한 1904년 중 다시 어떠한 원인에 의하여 그 점유를 회복하였음을 알 수 없을 뿐만 아니라, 원판결은 전기 제1점에서 설명한 바와 같이 상고인의 조부 조병직이 본건 토지에 관하여 건양 원년(1896년) 중 당시의 농상공부로부터 축언기간(築堰起墾)의 허가를 얻었음을 인정함으로써, 그 허가가 있은 이후에는 명례궁에서도 다시 본건 토지의 점유을 상실하거나 회복할 수 있는 사유는 전연 있을 수 없는 사정이 된다. 그런데도 원판결은, 명례궁에 있어서는 그와 같이 점유의 상실 및 회복을 전제로 하여 1905년 중 본건 토지의 투탁을 풀고 이를 이병규에게 인도함에 의해 동인은 이를 정의택에게 매도하였다고 판정한 것은 공막(空漠)하여 이유불비가 된다.

그러나 증인 이희만, 강훈, 이홍래의 증언 중에는 상고인의 조부 조병직이 계쟁지에 대하여 기간허가를 받아 기간을 하였다는 취지의 증언이 있지만, 이로써 바로 계쟁지가 조병직의 소유가 된다고 인정하여야 하는 것이 아닐 뿐만 아니라, 위 증인의 증언 중에는 이병규가 계쟁지에 대하여 소유권을 갖는다고 추지할 수 있는 진술이 있으므로, 원심이 이러한 증언과 을호증을 종합하여 피상고인이 항변하는 사실을 인정한 것은, 채증법칙에 위배되지 아니하므로, 상고이유의 전단은 이유가 없다. 다음으로, 계쟁지를 이병규로부터 명례궁에 투탁(投托)한 것은 원심에서 피상고인이 주장한 것인데, 투탁 후에 있어서 명례궁이 계쟁지의 점유를 상실하거나 이를 회복하였다는 사실은 투탁 중의 사항에 속하고, 상기 주장 중에 포함될 수 있는 것으로써 원심이 상기와 같이 사실을 인정한 것을 가리켜, 당사자의 주장에 기하지 않은 것이라고 말할 수 없다. 그리고 명례궁이 계쟁지의 점유를 상실하거나 이를 회복할 원인과 같은 것은 주요한 쟁점이 아니므로, 원심이 그 점의 판시를 하지 아니하여도 위법하지 아니할 뿐만 아니라, 기간허가의 사실과 명례궁이 계쟁지에 대하여 점유를 상실하거나 이를 회복한 사실과는 병존할 수 없는 사실이 아니므로, 원심이 상고인의 조부 조병직이 계쟁지

에 대하여 기간허가를 얻은 사실을 인정함과 동시에, 명례궁이 계쟁지의 점유를 상실하거나 이를 회복한 사실을 인정한 것은 위법하지 않다. 또한, 원심은 증거에 기하여 명례궁은 계쟁지의 투탁을 풀고 이를 이병규에게 인도하고, 이병규는 이를 정의택에게 매도하였다고 인정한 것은 이유불비가 아니므로, 상고이유의 후단도 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 "본건 토지는 금부위추(金部爲秋)가 한성재판소의 판결에 의하여 경매의 결과 융희 원년(1907년) 8월 29일 이를 취득하고, 같은 해 10월 중 동인이 토지소유권취득인증을 얻었다고 하며, 중략(中略), 또한 임시 제실유 및 국유 재산 조사국에서 조사 당시에는 이미 명례궁의 소관을 떠나 금부위추(金部爲秋)의 소유에 속한다고 하여, 중략(中略), 같은 조사국의 결정 및 내각총리대신의 하급(下給)처분은 금부위추(金部爲秋)의 권리에 어떠한 영향을 미치는 것이 아니다"라고 판정하였다. 그렇지만 한일병합(日韓併合) 이전인 구한국 정부시대의 토지증명규칙에 의하면, 당시 내지인 및 일반 외국인이 토지소유권을 취득하려면, 내지인(內地人)은 그 토지소재의 관할이사청(管轄理事廳)의 사증(査證)을 얻고, 또한 일반 외국인은 그 토지소재의 관할영사관의 사증을 얻지 아니하면 토지소유권취득의 효력이 발생하지 않는 것으로 되어 있다. 그런데도 본건 토지에 관하여 상고인이 그 하급의 처분을 받은 것은 융희 2년(1908년) 2월 중이고, 갑 제8호증에 의할 때에는 금부위추(金部爲秋)는 본건 토지에 관하여 그 소할관청인 인천이사청(仁川理事廳)에 대하여 융희 2년(1908년) 9월 14일 그 사증을 청구하였지만 결국 거절되었으므로, 본건 토지에 관하여는 적어도 사증이 있기 이전 상고인이 완전한 하급처분을 받았으므로, 그 하급처분이 있은 이후에는 금부위추(金部爲秋)는 그 소유권을 취득할 수 없는 것이다. 그런데도 원판결은 그와 같이 중요한 논점에 관하여 충분한 설명을 하지 아니하고, 만연히 금부위추(金部爲秋)에게 사증을 부여한 것은 융희 원년(1907년) 10월 중이라는 전제 하에 그 하급처분을 무시하고, 피상고인의 주장을 용인한 것은, 이유불비의 위법이 있다.

그러나 구한국 토지가옥증명규칙에 규정하는 인증・인명(認明)・사증이라는 것은 어느 것도 소유권취득의 증거인 효력을 가짐에 불과하

고, 이를 얻지 아니하면 소유권취득의 효력이 발생되지 아니한다는 것이 아니다. 그리고 원심은 증거에 기하여 계쟁지에 대하여 금부위추(金部爲秋)는 법원의 판결에 의한 경매의 결과 그 소유권을 취득하고 인증을 얻었다는 사실을 인정한 것에 그치고, 이사관(理事官)의 사증을 얻은 사실은 원심에서 인정하지 아니한 바이지만, 앞의 설명과 같이 사증이 없으므로 금부위추(金部爲秋)는 계쟁지의 소유권을 취득하지 못한다고 말할 수 없다. 또한, 계쟁지에 대한 조사국의 결정, 내각의 하급처분의 효력에 관하여 제2점에서 설명한 것과 같이 원심이 조사국의 결정 및 내각의 하급처분은 금부위추(金部爲秋)의 권리에 어떠한 영향을 미치지 아니한다고 판시한 것은 이유불비가 아니므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제419조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

5 토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건
〔대정3년민상제481 내지 489호 1915년 2월 5일 판결〕

【판결요지】

1. 법원이 증인신문의 신청을 각하하였음에도 불구하고 착오로 그 증거조사를 촉탁하고, 수탁한 수탁청이 신문을 함에 있어서 당사자로부터 이의제기 없이 신문이 종료된 이상은, 그 증인의 증언은 증거력을 가지므로 당사자가 이를 원용한 때에는 판단의 자료로 이용할 수 있다(상고이유 제1, 2점, 추가상고이유 제1점)

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 황용성

소송대리인 김기현, 권혁채

【피상고인】 정대윤 외 8인

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1914년 7월 1일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

제2심 제1회 구두변론기일(1913년 5월 1일)에 피상고인 등은 황화성, 김명진, 김현좌, 최동계, 박종현을 증인으로 신문하고 싶다는 취지의 신청을 하고, 제2심은 박종현의 증인신문신청을 각하하는 결정을 하였음에도, 광주지방법원 전주지청에 증인신문촉탁을 함에 있어 박종현도 증인에 포함시켜 1914년 5월 22일 위 지청에서 박종현을 증인으로 신문하였다. 이에 관하여 피항소인(상고인)대리인은 제2심에서 위 증거조사의 위법을 문제로 삼아, 제2심은 관련 서기(書記)의 착오에 의한 것이라고 하여 전주지청으로 박종현 신문취소를 촉탁하였지만, 이미 동인의 신문을 완료하고 조서는 제2심으로 발송을 마친 후가 됨으로써, 제2심은 당해 증거조사를 유효로 하였다. 그러나 증거조사는 당사자의 신청에 의한 경우에는 허가결정을 하고 비용의 예납을 받아 이를 행하며, 그 비용은 본안판결과 동시에 부담자를 정하는 재판을 하여야 하는 것이고, 직권으로 증거조사를 하는 경우에 있어서는, 그 취지의 결정을 하고 비용은 국고의 부담으로 하는 때와 당사자의 부담으로 귀속시키는 경우를 묻지 않고, 판결로 그 부담자 및 금액을 정하여야 한다. 그런데도 제2심은 직권으로 박종현의 증거조사를 한다는 취지의 결정을 하지 않고, 또한 그 비용의 부담자 및 금액을 판정하지 아니하였으므로, 박종현의 증거조사는 당사자의 신청에 의한 것으로

볼 수밖에 없다고 하여도, 항소인(피상고인)이 한 박종현 신문신청은 제2심이 각하결정을 하고 그 증거결정은 확정되었으므로, 박종현에 대한 증거조사는 당사자의 신청이 없는 것과 동일하게 된다. 그러함에도 불구하고, 제2심이 박종현을 증인으로서 신문할 것을 광주지방법원 전주지청에 촉탁하고 같은 지청으로 하여금 신문을 하게 하며, 그 비용을 피항소인(상고인)에게 부담시키는 판결을 한 것은 소송절차에 관한 법률에 위배되는 것이므로, 당해 증거조사에 관한 절차는 파기되어야 한다.

또한 상고이유 제2점은 다음과 같다.

제2심에서는 본건 계쟁토지를 황화성이 황의연 생존 중 같은 사람으로부터 증여를 받은 것으로 계쟁사실을 확정하여 상고인의 청구를 배척하였다. 그런데 그 사실을 확정한 것은 증인 황화성, 박종현, 김명진, 김하석의 진술을 진실이라 인정한 것에 의한다. 그러나 박종현에 대한 증거조사가 법률에 위배되는 것은, 제1점에서 말한 바와 같고 동인의 진술은 본건 계쟁사실을 판단할 증거가 될 수 없음은 더 이상 논할 필요가 없는 바이다. 그럼에도 제2심이 동인의 진술로 본건 계쟁사실을 확정하는 증거로 한 것은 법률에 위배하여 사실을 확정한 것이므로, 제2심판결은 파기되어야 한다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 증인 황화성, 박종현, 김명진, 김하석의 증언으로써, 황화성이 1892년 중 황의연의 생전에 동인으로부터 본건 토지의 증여를 받고 그 소유권을 취득하였다는 피상고인 등의 항변사실을 인정하고, 상고인의 청구를 배척하였다. 그러나 원심은 위 박종현에 대한 피상고인 등의 증인신문의 신청을 각하하고, 증거조사의 결정을 하지 않았음에도 원심 서기의 착오로 광주지방법원 전주지청에 위 박종현에 대한 증인신문의 촉탁을 하고, 이것이 증인으로서 신문되었음은 일건 기록에 의하여 명백하다. 그러므로 위 박종현에 대한 신문은 증거조사의 결정에 의하지 않은 것으로 동인의 진술은 증인의 증언이라는 증거력을 갖지 않는 것이 물론이다. 그런데도 원판결은 위 박종현의 진술을 증언으로 채용하고 사실인정의 자료로 한 것은 극히 불법한 판결임을 면할 수 없다.

일건 기록을 보아 살피건대, 원심에서 피상고인이 한 증인 박종현의 신문신청을 각하하였음에도 불구하고, 다른 허가한 증인신문을 광주지방법원 전주지청에 촉탁함에 있어서 착오로 위 증인 박종현의 신문도 촉탁한 후, 1913년 5월 27일 그 신문촉탁을 취소하였지만 촉탁을 받은 전주지청에서는 이미 같은 해 5월 22일 신문을 완료하였다. 그리고 그 신문은 피상고인 정대윤 및 상고인대리인 변호사 이규남 입회하에 이를 하고, 그때 당사자로부터 아무런 이의제기가 있었던 흔적이 없을 뿐만 아니라, 그 신문조서는 법정에서 관계인에게 낭독하여 이를 승인한 사실은 일건 기록에 비추어 명백하다. 그렇다면 위 증인 박종현의 신문에 관해서는 당사자로부터 이의가 없었던 것을 인정하기에 족하므로, 그 신문은 착오에 의하여 이루어진 위법이 있지만 당사자가 책문권을 포기하고 이의를 진술하지 않고 신문을 완료한 이상은, 그 증인의 증언이 증거력을 갖는다고 할 수 있다. 그리고 피상고인은, 1914년 6월 8일의 구두변론기일에서 이를 원용한 것은 그 구두변론조서의 기재에 의하여 명백하므로, 원심이 이를 판단의 자료로 이용한 것은 상당하다. 이를 판단의 자료로 이용한 것이 상당한 이상은 패소자에게 소송비용을 부담시킨 것은 당연한 법리이므로, 이에 따라 패소자인 상고인에게 그 소송비용의 부담을 명한 것은 위법하지 아니하므로 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은, 원심의 구두변론조서에 의하면 제1회 구두변론 후 수회의 변론 사이에, 판사 제등장삼랑(齋藤庄三郎, 사이또), 화전사랑(和田四郎, 와다), 산내은차랑(山內銀次郎, 야마우찌)이 열석하였고, 1914년 6월 24일의 구두변론에 이르러 제등장삼랑(齋藤庄三郎, 사이또), 팔교용(八槁容, 야쯔하시), 산내은차랑(山內銀次郎, 야마우찌)이 열석함으로써, 본건 소송사건 심리 중에 판사가 경질되었음은 명백하다. 그런데도 원심은 위 판사의 경질에 관하여 구두변론의 갱신을 한 흔적이 없으므로, 민사소송법 제232조에 위배된 불법이 있다.

이에 따라 살피건대, 판결은 그 기본인 구두변론에 임석(臨席)한 판사에 한하여 이를 할 수 있다는 것은 민사소송법 제232조의 규정에 비추어 명백하다. 그리고 소위 기본인 구두변론이란, 수회에 걸쳐 열린 구두변론의 경우에는 판결에 밀접한 변론, 즉 최종의 구두변론을 지칭

한다. 왜냐하면, 당사자는 최종 구두변론에서 소송의 관계를 표명하고 증거조사의 결과에 관하여 변론을 하는 것이므로, 이에 임석하는 판사는 사건 전체의 관계 및 증거조사의 결과를 알 수 있고, 판결을 내릴 충분한 자료를 갖게 되기 때문이다. 따라서 이에 임석한 이상은 그 이전의 구두변론에 임석하지 아니하여도 심리는 이를 갱신할 필요가 없다. 원심 구두변론조서에 의하면, 1914년 6월 24일의 구두변론기일에 있어서 재판장 조선총독부판사 제등장삼랑(齋藤庄三郎, 사이또), 조선총독부판사 팔교용(八橋容, 야쯔하시), 같은 산내은차랑(山內銀次郎, 야마우찌)이 열석하여 변론기일을 열어, 당사자 쌍방은 소송관계를 표명하고 입증의 결과에 관하여 변론을 한 취지의 기재가 있으므로, 그 변론은 (즉) 기본인 구두변론이 되는 점이 명백하다. 따라서 이에 임석한 판사가 심리를 갱신하지 아니하고 판결을 한 것은 상당하고 아무런 위법이 없으므로 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제79조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

6 손해배상청구에 관한 건 〔대정3년민상제438호 1915년 2월 5일 판결〕

【판결요지】

1. 출소기한 내에 소를 제기하였을 때에는, 당해 소가 형식상의 결점에 의하여 각하되거나 취하에 의하여 소로서 아직 효과가 발생되지 아니한 경우를 제외하고, 이에 의하여 판결을 받아 확정된 이상은 다시 출소기한의 규정을 적용할 수 없다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원

【상고인】 심상진
소송대리인 이기찬, 박만서
【피상고인】 정인욱
소송대리인 김기현, 박종성

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1914년 7월 15일 경성복심법원이 선고한 판결에 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】
원판결을 파기(破毁)하고 본건을 경성복심법원으로 환송한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 그 언급한바 수백언(言)에 이르지만, 요컨대 상고인의 본소 손해배상의 청구권은 민사소송기한규칙에 의하여 소송기한을 경과한 것으로써 시효에 의해 소멸된 것으로 본다고 인정함에 있다. 그리고 그 이유로 상고인의 손해배상의 청구는 문권(文券)반환의무의 불이행을 원인으로 하고, 당해 문권반환의무는 불법행위를 원인으로 하는 일종의 손해배상청구라면, 문권반환의무는 민사소송기한규칙 소정의 10년의 기한을 경과함으로써 소멸되었고, 따라서 이를 기본으로 하여 금전의 손해배상을 구하는 청구권도 동시에 소멸된다고 인정한 것에 다름 아니다. 본건 당사자 간에 있어서 문권반환청구의 소를 제기하고 확정판결이 있음은 다툼이 없는 사실인데, 소송기한에는 중지 또는 중단의 규정이 없다고 하여 이로써 기한의 진행을 정지시키는 효과가 있다고 인정할 수 없다는 것이다. 그렇지만 소송기한이라는 것은 그 문자가 보여주듯이 또한 법문에서 명정하듯이, 권리의 침해를 받은 자가 그 침해된 권리의 구제를 구하기 위하여 법원에 새로운 소송을 제기할 수 있는 기한이므로, 그 침해된 권리로써 일단 출소에 의하여 인정된 이상은 판결의 집행을 지연하고 가령 판결이 내려지고 수백 년을 경과하여도, 원래 출소기한이 적용될 것이 아니다. 이는 실로 단순

한 도리로 다언을 요하지 않는 점이다. 민법시행법에는 출소기한을 경과한 채권은 시효로 소멸된 것으로 본다는 취지의 규정이 있는데, 이것은 출소기한 그 자체를 시효로 보는 것이 아니고, 권리 그 자체의 소장(消長)에 관한 규정에 불과하며, 때문에 소송기한의 실질에 변경을 초래하는 것이 아니다. 특히, 상고인의 본건 청구는 피상고인이 평리원(平理院)의 확정판결에 의하여 부담하는 채무를 이행하지 아니함으로 발생한 손해의 배상을 구하는 것에 있음은, 상고인이 제1심 이래 구두 또는 서면으로 누누이 석명한 바로써, 조금도 의심할 여지가 없으므로 원판결은 법칙을 부당하게 적용한 위법이 있다.

살피건대, 민사소송기한규칙(民事訴訟期限規則)은 소권을 갖는 자가 그 소권을 행사할 수 있는 기간을 정한 것으로, 만일 그 소정의 기간 내에 소를 제기하지 아니하면 소권을 상실한다는 것이다. 시효는 이와 달리 일정한 기간 어떤 사실상의 상태가 계속됨에 의해 권리의 취득 또는 소멸을 초래하는 것이다. 출소기한의 경과는 당연히 소권을 상실하고 법원은 소를 수리할 수 없으므로 직권으로 소를 각하하지 않을 수 없다. 시효는 당사자가 이를 원용하지 아니하면 법원은 이에 의하여 재판을 내릴 수 없다. 전자는 소권의 소장(消長)에 관한 것이고 후자는 권리의 득실에 관한 것으로서, 양자는 그 성질을 달리한다. 민법시행법에 출소기한을 경과한 채권은 시효에 의하여 소멸된 것으로 본다는 것은, 출소기한 그 자체를 시효와 동일시 한 것이 아니라 출소기한의 경과에 의하여 이미 소권을 상실한 채권으로써 시효에 의하여 소멸한 것으로 보는 것에 불과하므로, 출소기한 내에 소를 제기한 이상은 당해 소가 형식상의 결점에 의하여 각하되거나 취하에 의하여 소로서 아직 효과가 발생되지 아니한 경우를 제외하고, 이미 출소기한의 규정을 적용하여야 하는 소권은 행사되었으므로, 이에 의하여 판결을 받아 확정된 때에는 동일 당사자 간의 동일 소송에 관하여 다시 출소기한의 규정을 적용할 것이 아니다. 만일 동일 소송이 제기된 경우에는 출소기한 경과의 이유로서 그 소를 각하하여야 하는 것이 아니라, 일사부재리의 원칙에 의하여 그 소구를 각하하지 않을 수 없다. 만일 그러하지 아니하다고 하고, 확정판결은 의무를 만들지 않고 기존의 의무를 인정하는 것이므로 당해 판결은 출소기한에 아무런 영향을 미

치지 아니하므로, 당해 판결의 확정에 불구하고 아직도 최초의 소권 발생일에 소급하여 출소기한의 기간을 기산하여야 한다면, 소정의 기간 내에 적법하게 제기된 소도 그 소송 진행 중에 출소기한의 경과에 의하여 소권을 상실하게 된다고 아니할 수 없는 부조리한 결과를 초래하게 된다. 본소 상고인의 소송취지는 원래 피상고인에 대하여 소를 제기하여 평리원에서 피상고인은 원상회복의 의무가 있다고 인정되어, 당시 이미 방매(放賣) 또는 전전(轉典)하고 있는 문권(文券)을 상고인에게 추급(推給)하라는 판결을 받고 당해 판결은 확정되었음에도, 피상고인은 위 반환의무를 이행하지 아니하므로 그 불이행에 의한 손해배상을 청구한다는 점에 있다. 즉, 상고인은 본소에서는 전소의 문권편취에 의한 손해배상을 청구하는 것이 아니고, 전소에 기하여 평리원이 내린 판결의 확정에 의하여 피상고인이 부담하는 문권반환의 의무불이행에 의하여 발생한 손해배상을 청구하는 것이 명백하다. 따라서 위와 같은 설명에 비추어, 그 출소기한의 기한은 상고인이 적법하게 소권을 행사한 전소의 소권 발생일에 소급하여 기산되어야 하는 것이 아니다. 그런데도 원심은 상고인의 청구를 각하하는 이유로서 가령 상고인 주장의 사실을 시인하여도 민사소송기한규칙의 기한을 경과하여 시효완성한 것이라고 하였다. 앞서 상고인으로부터 적법한 제소가 있고 평리원에서 확정판결이 내려졌음을 인정하였음에도 불구하고, 당해 판결은 기존의 의무를 인정함에 불과하므로 출소기한에 영향을 미치는 것이 아니라고 하여, 평리원에서의 판결의 기본사실인 문권편취에 기한 소권 발생일에 소급하여 출소기한의 기간을 기산하여야 한다고 하여 시효완성 되었다고 설시한 것은, 민사소송기한규칙의 해석을 그르쳐 부당하게 이를 적용함으로써 상고인 패소의 선고를 한 위법한 판결로 파기를 면할 수 없다. 이미 이 점에 관하여 원판결 전부를 파기하기에 충분함으로 다른 논지에 대한 설명을 생략한다. 그리고 원판결에는 평리원의 확정판결에 의하여 피상고인이 부담할 의무불이행에 의한 손해배상청구의 본건 소권의 발생일을 확정하지 아니하였으므로, 본소가 출소기한을 경과하였는지의 여부를 판단할 수 없어 사건을 원심에 환송한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제

447조 제1항, 제418조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

7 대금(貸金)청구에 관한 건
〔대정3년민상제547호 1915년 2월 12일 판결〕

【판결요지】

1. 구채무가 소멸하여 신채무가 발생하는 것은 경개(更改)에 한하지 아니하고, 지급하여야 할 채무를 부담하는 경우에 당사자 합의하에 이를 대금(貸金)으로 변경하는 때에도 구채무가 소멸하고 신채무가 발생한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 한긍호
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 야스즈미), 김사집
【피상고인】 박승직

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1914년 11월 11일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인의 소의 원인은 조선민사령 시행 전에 발생한 사항이므로 같은 령 제81조에 의하여 민법시행법 제1조 및 상법시행법 제1조를 준용하여야 한다. 그런데 민법시행법 중에는 채무의 경개에 관하여 별개의 규정을 두지 아니하므로, 경개에 의한 구채무의 소멸에 관한 민법의 규정은 조선민사령 시행 후에 발생한 사항에 대한 것이 아니면 이를 적용할 수 없다. 따라서 본건에 관하여는 조선에 있어서의 종래의 예(例)에 의하지 아니할 수 없다. 이에 의하면, 대금과 상품외상대금(商品賣掛代金)과는 그 출소기한을 달리한다. 그런데 출소기한은 그 성질상 승인 또는 경개에 의하여 중단될 수 없으므로, 원판결이 인정하는 바와 같이 본건 당사자가 1904년 12월 21일에 이르러 종전의 대금(貸金) 및 상품외상채권에 관하여 총 계산을 하고, 새로이 갑 제1호증을 작성 수수하였다고 한다. 그러나 위 출소기한은 그 때문에 중단함이 없이 상품외상대금에 관하여는 늦어도 1907년 12월 20일에 이르러 소권소멸에 이르고, 또한 대금에 관하여도 그 발생이 조선민사령 시행 전의 것이므로, 원판결과 같이 갑 제1호증 작성일로부터 출소기한을 기산하여야 하는 것이 아니라, 각 채권발생일(이 날짜가 출소할 수 있는 날이어야 함은 원판결에 본소 채권은 변제기한의 정함이 없음을 인정하였으므로 의문의 여지가 없다)을 심리 확정하고, 그 날로부터 본소 기한을 기산하여 소권의 존부를 판정하여야 한다. 그럼에도 원판결에서는 당사자 간에 거래의 총 계산을 한 갑신(甲辰) 12월 21일로부터 기산하여 본건 제소일까지 아직 10년을 경과하지 않았다고 하고, 홀연 피상고인의 청구를 인용한 것은 부당하다. 요컨대, 원판결 본소청구 중 상품외상대금에 관하여는 이미 소권이 소멸하였음에도 불구하고 급부판결을 한 위법이 있다. 대금에 관하여는 소권의 존부에 관하여 심리를 다하지 아니한 위법하다. 따라서 전부 파기를 면할 수 없다.

그러나 원판결이 당사자 간에 1904년(甲辰) 12월 21일 대금 및 외상대금에 관하여 계산을 하고, 합의하에 잔액 2만 1,856양(兩) 5전(錢)을 대금(貸金)으로 변경하여 갑 제1호증을 수수한 사실을 인정한 것은, 채무의 요소(要素)인 당사자 및 목적에 변경이 있음을 인정한 것이 아니므로, 애당초 경개가 있다고 판시한 취지가 아님은 명백하다. 그리

고 구채무가 소멸하여 신채무가 발생하는 것은 경개(更改)에 한하지 아니하고, 원판결 인정과 같이 지급하여야 할 채무를 부담하는 경우에 당사자 쌍방 합의하에 이를 대금(貸金)으로 변경하는 때에도 역시 구채무가 소멸하고 신채무가 발생한다. 그와 같은 경우에 있어서는, 출소기한은 신채무에 관하여 이행을 청구할 수 있을 때로부터 기산하여야 하고, 구채무가 대금(貸金)이라는 것 또는 외상대금이라는 것은 당해 출소기한의 기산에 관하여 아무런 영향을 미치지 아니함은 당연한 법리이다. 따라서 원판결이 갑 제1호증의 신채무에 관하여는 제소일까지 아직 10년(十個年)을 경과하지 아니함을 판시하여 상고인의 출소기한 경과의 항변을 배척한 것은 상당하고 위법이 있지 아니하므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 법칙을 부당하게 적용한 위법이 있다. 채권경개(債權更改)는 채무의 요소를 변경하는 계약을 하는 경우에 성립하는 것임은 민법상의 규정에 의하여 명백하다. 그리고 채무의 요소(要素)와 채무의 원인(原因)과는 이를 엄격히 구별하지 아니할 수 없으므로, 외상대금의 채권을 대금으로 변경하여도 채권의 목적에는 아무런 변경을 가한 것이 아니고, 단지 채무의 원인을 변경함에 불과하다. 따라서 이 경우에는 채무의 경개는 성립하지 아니한다고 말하지 않을 수 없다. 그리고 원판결 이유에 의하면, (전략)지급하여야 할 분(分)이 있고 당사자 합의하에 이를 대금으로 변경하였고 운운의 설명을 하여, 채권의 경개를 인정하였다. 그렇다면 원판결은 채무의 요소와 채무의 원인을 혼동한 위법이 있다.

그러나 앞서든 상고이유 제1점에서 설시한 바와 같이, 원판결은 채무의 경개를 인정한 것이 아니므로, 본 논지는 원판결의 취지에 부응하지 아니한 공격이므로 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

조선인 간에 있어서의 일반거래의 관습에 의하면, 물품대금의 채권을 편의적 대금(貸金)으로 변경하는 경우에 있어서도 이자 및 기간의 기산을 채권관계가 성립한 최초의 시기까지 소급하여 계산하는 것에 의하여, 채무발생에 관하여 무효 또는 취소의 원인이 있음을 이유로

하여 무효 또는 취소를 주장하는 경우에도 최초의 채무관계에 관하여 논의할 뿐이고, 경개에 의하여 발생한 채무관계에 관하여는 무효 또는 취소의 원인이 있다 하여도, 이를 이유로 무효 또는 취소를 주장하는 것은 아니다. 왜냐하면, 조선인 간에 있어서는 채무의 경개관념이 없고 단지 채무의 보존의 방법으로 명의(名義)를 대금(貸金)으로 변경한 것에 불과하므로, 채권의 내용에 관하여는 아무런 변경을 가한 것이 아니고, 예를 들면, 대금(貸金)지급방법으로써 약속어음(約束手形)을 발행하는 것과 동일한 의미이다. 그 결과 최초에 성립한 채무의 담보로 제공한 전당권(典當權, 질권 및 저당권을 포함한다)에 대하여도 아무런 영향을 미치지 아니할 뿐만 아니라, 제3자가 담보물을 제공한 경우에 있어서도 제3자의 승낙이 필요하지 아니하고, 과거의 상태를 유지한다. 따라서 조선인 간에 있어서는 민법시행 이전에는 채권경개에 의하여 시효를 갱신하는 것이 아니라고 아니할 수 없다. 그리고 원판결에 의하면 전항의 설명과 같이 채무의 경개가 있음을 인정한 다음 상고인(피항소인)의 시효항변을 배척한 것이라면, 원판결은 민법시행법 제1조의 규정에 반하는 재판이다. 왜냐하면, 본건의 사항은 민법시행 이전에 발생한 것임에도 불구하고, 민법상의 경개에 관한 사항을 인정한 것이 된다.

그러나 앞서 든 상고이유에 대하여 설명한 것과 같이, 원판결은 채무의 경개를 인정한 것이 아니므로, 채무의 경개를 인정하였음을 전제로 하여 원판결을 비난하는 본 논지는 판지에 따르지 아니한 공격이다. 그리고 원판결 인정과 같이 지급하여야 하는 채무를 부담하는 경우에, 당사자 쌍방 합의하에 이를 대금(貸金)으로 변경한 것은 민법이 규정한 채무의 경개에 해당하지 아니함은 물론이지만, 또한 구채무가 소멸하고 신채무가 발생하는 경우의 하나가 되므로 그 출소기한은 신채무에 관하여 이행을 청구할 수 있는 때로부터 기산하여야 함은 당연한 법리이다. 그리고 조선에서도 채무의 경개는 종래 인정하는 바이므로, 위와 같은 경우에 신채무에 관하여 이행을 청구할 수 있는 때로부터 출소기한을 기산하여야 함은, 조선의 관습에 반하는 것이 아니다. 따라서 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송

법 제429조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

8 약속어음금청구에 관한 건 〔대정4년민상제2호 1915년 2월 12일 판결〕

【판결요지】

1. 민사소송법 제256조 제2항 제1에 고장(故障)[1]이 신청된 궐석판결(闕席判決)의 표시라는 것은, 적어도 그 판결의 주문, 판결 선고의 연월일, 당사자의 씨명, 사건의 번호 등을 기재함으로써 고장(故障)이 신청된 궐석판결을 명확히 할 것을 필요로 한다는 취지이다.

[참 조] 고장(故障)신청은 궐석판결을 한 법원에 서면을 제출하여 이를 한다. 이 서면에는 다음과 같은 요건을 구비하여야 한다.

제1 고장(故障)을 신청할 궐석판결의 표시(민사소송법 제256조 제2항 제1)

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 정인욱
소송대리인 김기현
【피상고인】 백광국

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1914년 12월 1일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인은 상고를 제기하였으므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

---

1) ‘고장(故障)신청’이라 함은 ‘이의(異議)신청’을 의미함.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 상고인이 원심에서 제출한 고장(故障)의 신청을 부적법하다고 하여 고장기각(故障棄却)의 판결을 선고하고, 그 이유로 상고인이 제출한 고장(故障)신청에 그 고장을 신청할 궐석판결의 표시가 없다고 한다. 그러나 상고인의 고장신청서(故障申立書)에 궐석판결의 표시가 있는 것이 명백하므로, 원판결은 불법한 판결이라는 점이다. 또한, 추가상고이유는 다음과 같다. 원판결은 “민사소송법 제256조에 규정하는 고장신청서에 기재하여야 하는 제1요건으로서의 고장(故障)을 신청할 궐석판결의 표시라는 것은, 궐석판결을 표시함에 있어 궐석판결 전문을 기재할 필요가 있다는 의의는 아니지만, 적어도 그 판결의 주문, 판결선고의 연월일 및 당사자의 씨명 또는 사건의 번호 등을 기재함으로써, 고장을 신청할 궐석판결을 명확하게 할 필요가 있다는 취지로 해석하여야 한다. 그런데도 본건 고장신청서에는 사건번호, 당사자 씨명의 기재는 있지만 판결주문 및 그 선고연월일의 기재가 없고, 그 고장신청할 궐석판결이 무엇인지 명확하지 아니하므로, 궐석판결의 표시가 있다고 말할 수 없다”라고 설명하여, 상고인이 한 고장의 신청을 부적법하다고 기각하였다. 위 판시에 의하면, 상고인의 고장신청서에는 사건번호, 당사자 씨명은 있지만 판결주문 및 그 연월일의 기재가 없으므로, 민사소송법 제256조가 규정하는 고장을 신청할 궐석판결의 표시를 흠결한 부적법한 고장이라고 말하는 것이 명백하다. 그러나 상고인이 한 고장(故障)의 신청서에는 (전략)구두변론기일 1913년 10월 15일이지만, 항소인(상고인) 정인욱의 소송대리인은 병환으로 출석하지 아니하여 궐석판결을 받고 이에 대하여 고장의 신청을 한다는 기재가 있어, 1913년 10월 15일 궐석판결이 있었던 점 및 그 궐석판결에 대하여 고장의 신청을 한다는 취지의 기재가 되는 점은 조금도 의심할 여지가 없다. 그리고 민사소송법 제256조에 고장신청의 요건으로 규정된 고장을 신청할 궐석판결의 표시라는 것은, 반드시 궐석판결 전문 또는 그 판결의 주문 그 자체의 기재를 할 것을 요한다는 의의가

아니고, 어떠한 궐석판결에 대하여 고장의 신청을 하는가를 알 수 있게 기재할 필요가 있다는 취지로 해석하여야 한다. 그러므로 당사자의 씨명, 사건의 번호, 궐석판결을 내린 연월일 및 그 궐석판결에 대하여 고장신청을 한다는 취지의 기재가 있다면, 위 민사소송법 제256조가 규정하는 고장을 신청할 궐석판결의 표시가 있다고 말하여야 하고, 상고인이 한 고장의 신청서에 이러한 기재를 구비하였으므로, 그 고장의 신청은 적법하다고 하지 아니할 수 없다. 그런데도 원판결은 궐석판결의 주문 및 그 선고연월일의 기재가 없다고 하여 상고인의 고장신청을 부적법하다고 하여 기각한 것은, 민사소송법 제256조를 부당하게 적용한 타당하지 아니한 판결이다.

살피건대, 민사소송법 제256조 제2항 제1에 고장을 신청할 궐석판결의 표시라는 것은, 궐석판결을 표시함에 있어서 그 판결 전문(全文)을 기재할 필요가 있다는 의의가 아니지만, 적어도 그 판결의 주문, 판결선고의 연월일, 당사자의 씨명, 사건의 번호 등을 기재함으로써 고장(故障)을 신청할 궐석판결을 명확히 할 필요가 있다는 취지이다. 그리고 본건 고장신청서를 보건대, 당해 서면에는 사건번호, 당사자 씨명의 기재가 있지만, 궐석판결의 주문 및 그 선고연월일의 기재가 없다면, 원심이 당해 신청서에는 궐석판결의 표시가 없다고 인정하고, 그 신청은 민사소송법 제256조 제1호의 규정에 적합하지 아니한 것이라고 하여, 같은 법 제259조에 의하여 부적법이라고 하여 기각한 것은 상당하므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 어느 것도 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

9 토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건
〔대정4년민상제3호 1915년 2월 19일 판결〕

【판결요지】

1. 민법시행법 제37조의 소위 제3자란, 당사자 또는 포괄승계인이 아닌 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경의 등기흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 갖는 자를 지칭하므로, 정당한 권원(權原)에 의하지 아니한 권리를 주장하는 자는 위 제3자에 해당하지 아니한다(상고이유 제1점).

[참 조] 민법 또는 부동산등기법의 규정에 의하여 등기하여야 할 권리는, 종래 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있었지만, 민법시행일로부터 1년 이내에 그 등기를 하지 아니하면 그로써 제3자에게 대항할 수 없다(민법시행법 제37조).

【제 1 심】 경성지방법원 수원지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 홍민섭
소송대리인 김병규
【피상고인】 최영식

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1913년 10월 16일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

본건 계쟁토지를 소외인 최진식이 최상집에게 매각하고, 최상집이 다시 1911년 5월 26일 상고인에게 매각하여 상고인이 매매증명을 받아 매수 이후 납세를 하였음은 제1심 및 제2심판결이 인정하는 바이다. 그렇다면 본건 계쟁토지를 피상고인의 조부가 상고인의 증조로부

터 양수하였다고 가정하지만, 민법시행법 제37조에 민법 또는 부동산등기법의 규정에 의하여 등기하여야 할 권리, 종래 등기없이 제3자에게 대항할 수 있었지만, 민법시행일로부터 1년 이내에 이를 등기를 하지 아니하면 이로써 제3자에게 대항할 수 없다고 되어 있으므로, 1912년 4월 1일부터 1913년 3월 31일까지 등기 또는 증명을 하지 아니한 이상은, 증명을 받은 제3자 즉, 상고인에게 대항할 수 없다. 그럼에도 원심에서 상고인의 청구를 배척한 것은 불법한 판결이다.

그러나 민법시행법 제37조의 소위 제3자란, 당사자 또는 포괄승계인이 아닌 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경의 등기흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 갖는 자를 지칭하므로, 정당한 권원(權原)에 의하지 아니한 권리를 주장하는 자는 위 제3자에 해당하지 아니한다. 그리고 원판결에 의하면, 계쟁토지는 최진식의 선조가 피상고인의 조부에게 분재(分財)를 한 것이고, 최진식은 과거 계쟁토지의 소유권을 취득한 일이 없다. 따라서 상고인은 최진식으로부터 최모를 경유하여 계쟁토지를 매수하였지만, 그 소유권을 획득할 수 없다는 취지를 판시하였으므로, 상고인은 소유권을 갖지 않는 자로부터 매수한 자로서, 정당한 권원에 의하지 않고 권리를 주장하는 자이므로, 앞에 든 법조(法條)의 소위 제3자에 해당하지 아니한다. 그렇다면 상고인이 그 매수에 관하여 증명을 받았더라도 법률상 아무런 효력이 없으므로, 정당한 권원에 의하여 소유권을 갖는 자는 이에 대하여 등기 또는 증명을 받지 아니하여도 그 소유권을 대항할 수 있다. 따라서 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심에서 소외인 최진식을 피상고인과 증조를 같이 하는 종손(宗孫)으로 인정하면서, 피상고인의 조부가 분가한 이래 오늘에 이르기까지 경작, 납세를 하고 토지소유권에 속하는 전권을 행사하여 왔음에도, 최진식 가(家)는 계쟁토지에 대하여 아무런 간섭도 하지 아니한 것을 보면, 계쟁토지를 인도할 때에 소유권을 유보한다는 반증이 없는 한, 피상고인의 조부가 계쟁토지의 인도를 받는 것과 동시에 증여를 받은 것으로 추인할 수 있다고 판시하였다. 그러나 조선의 관습상 종손 가(家)가 선조의 재산을 상속하여 그 방계자손에게 수익권(收益權) 즉,

경작만을 허용하고, 수익의 결과 납세하게 하는 것은 일반적인 관례이다. 만일 소유의 전권을 증여할 때에는 증빙서류 즉, 구문권(舊文劵)을 교부하는데, 피상고인 가(家)에는 소유권의 양여를 받은 증거가 없으므로, 소유권을 유보하는 반증의 유무는 아무런 관계를 미칠 것이 아니다. 뿐만 아니라 피상고인 가(家)에서 계쟁토지에 대하여 소유권의 양여를 받았다고 한다면, 1911년 계쟁토지가 매각되고 나서 지금에 이르기까지 상고인이 4년간 납세를 하고 계쟁토지에 상고인의 명의로 표목(標木)을 세워도, 그 사이에 아무런 이의를 하지 아니하고 묵과한 점을 보아도, 소유권을 양수하지 아니한 것이라고 인정하기에 족하다고 할 수 있다. 그럼에도 이를 채용하지 아니한 것은 관습에 위반된다. 또한, 소유권을 나누면 사용, 수익, 처분의 3가지가 있는데 원심에서 경작만으로 소유의 전권이 있다고 인정한 것은 위법한 판결이다.

그러나 분가를 함에 있어서 토지를 증여하고 그 소유권을 이전(移轉)하는 것은 현저한 사실임과 동시에, 구문권(舊文劵)의 수수는 증여의 성립조건이 아니므로, 법원은 제반증거에 의하여 그 증여의 성립을 인정할 수 있다. 그리고 원판결은 판결문 소재(所載)의 증거를 종합 고려하여, 최진식은 피상고인과 증조를 같이 하는 종손으로 계쟁토지는 그 선조로부터 전래된 것이지만, 피상고인의 조부가 분가를 한 이래 오늘에 이르기까지 피상고인 가(家)에서 경작, 수익, 납세를 하고, 공부(公簿)상으로도 피상고인의 명의로 기재되어 있으므로, 피상고인가가 그 조부 이래 영년 계속하여 토지소유자에 속하는 전권을 행사하여 온 것이 명확하다. 이에 반하여, 최진식 가(家)에서는 그 후 계쟁토지에 관하여 어떠한 간섭을 한 흔적이 없는 사실을 인정하고, 그러한 사실이 존재하는 경우에는 최진식의 선조가 피상고인의 조부에게 계쟁토지를 인도할 때에 소유권은 특히 유보한 것으로 인정할 반증이 없는 한, 피상고인의 조부가 계쟁토지의 인도를 받음과 동시에, 분재(分財)에 의하여 그 증여를 받은 것으로 추인하기에 족하다는 취지를 설시하고, 계쟁토지는 최진식의 선조가 피상고인의 조부에게 분재를 하고 최진식은 과거 계쟁토지의 소유권을 취득한 일이 없다는 사실을 인정하였다면, 이것은 전적으로 원심이 직권에 기하여 적법하게 사실을 인정한 것으로 아무런 위법이 있는 것이 아니다. 그리고 원판결은

경작만으로 소유의 전권이 있다고 인정한 것이 아님은 앞서 든 설시에 의하여 명확하다. 요컨대, 본 논지는 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것에 지나지 아니하므로 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

10 약속어음금청구에 관한 건
〔대정3년민상제554호 1915년 2월19일 판결〕

【판결요지】

1. 어음은 형식상 완전한지 여부에 의하여 그 효력을 결정하여야 하고, 어음기재의 사항이 현실의 사실에 부합하는지 여부를 물을 필요가 없다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원 철원지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김선경
소송대리인 심종대
【피상고인】 염철우

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1914년 11월 6일 경성법원복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결이 인정하는 바에 의하면 “같은 2월 24일인 만기일과 같이 그 실제 발행 당시에 있어서는 이미 경과된 것임을 조금도 의심할 수 없지만, 어음의 요건으로서 기재가 그 실제상 부합하지 아니하여도 반드시 어음요건을 결여한 것이라고 말할 수 없을 뿐만 아니라, 위 만기일의 기재와 같이 어음면상으로 발행일 후라고 하여 불능인 만기일이라 할 수 없다”고 한다. 그러나 대개 만기일이라는 것은 발행일 후 어느 정도의 시일이 경과함으로써 비로소 기일에 이르는 것이다. 그렇다면 발행 당시 이미 경과된 기일에 이르렀다고 하면 도저히 사실상 불능이 된다. 또한, 그 약속한 행위를 이행할 수 없는 만기일이 되는데, 원심은 발행 당시 만기일이 이미 경과된 사실을 인정하면서, 어음면상으로 날짜가 순차적인 것만을 들어 불능의 만기일에 이르지 아니하였다고 한 것은 위법한 판결임을 면할 수 없다.

그러나 원심인정의 사실에 의하면, 상고인이 본건 약속어음(갑 제1호증)을 피상고인에게 교부한 것은 1914년 음 5월 20일로, 어음기재의 발행일은 같은 해 2월 14일, 지급기일은 같은 해 2월 24일이라면, 어음수수의 당시에는 어음면상의 지급기일은 이미 경과된 후이므로, 위 기일의 도래가 불능인 점은 상고인의 소론과 같지만, 어음은 형식상 완전한지 여부에 의하여 그 효력을 결정해야 하고, 어음기재의 사항이 현실의 사실에 부합하는지 여부를 물을 필요가 없다. 본건 어음면상으로 지급기일은 발행일 이후가 되는 것이 명백하다면, 형식상으로 불비인 점은 없다. 따라서 현실상 상고인으로부터 피상고인에게 어음을 교부한 때에 지급기일의 도래불능이지만, 이 때문에 어음으로서 무효로 돌아가는 것이 아니고, 이것은 어음의 요식증권인 성질로부터 생기는 당연한 결과가 된다. 그렇다면 원심이 본건 어음을 유효하다고 판정한 것은 상당하고 위법하지 아니하므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 “이상은 본건 어음이 유효하다고 말하지 아니할 수 없다. 그리고 본건 어음의 만기일은 그 실제 발행이 있기 이전이고, 어

음청구는 이를 만기일에 할 수 없음은 본건 어음당사자가 숙지하지 아니할 수 없는 바이며, 이를 알면서 이러한 만기일을 기재한 점에서 미루어 생각한다면, 같은 당사자 간에는 내부에서 어음 일람출급을 위해 어음제시가 있는 때에, 그 지급을 하여야 함을 암묵적으로 합의한 것으로 추인할 수 있다"고 운운한다. 그러나 가령 위 인정과 같이 본건 어음을 유효하다고 칭하면 이자의 계산은 어음면상 기재와 같이 계산하지 아니할 수 없다. 그런데도 원심에서는, 일면에서는 그 어음을 유효하다고 하면서, 계산에서는 그 만기일을 버리고 나아가 일람출급의 예에 따를 뿐만 아니라, 소위 일람출급의 예도 역시 당사자 합의의 암묵을 추인하여 이를 판시하였다. 원래 피항소인의 주장에 의하면, 이자를 소급하기 위해 만기일로 소급한다고 주장한 것이 명료한데, 위 당사자의 주장을 무시하고 원심이 스스로 나아가 추인할 뿐만 아니라, 유효한 어음을 버리고 일방의 사실에 따른다는 것은, 유효한 것을 무효로 하고 사실을 비사실(非事實)로 하는 상호 모순되는 판시에 불과하므로, 이것은 위법한 판결임을 면할 수 없다.

그러나 어음상의 채권・채무에 관하여 당사자 간에 특별한 합의를 하는 것은 법이 금지하는 것이 아니므로, 원심이 당사자 간에 본건 어음을 수수할 즈음 상고인이 어음의 제시를 받을 때에 어음금액의 지급을 한다는 특별한 합의를 한 것으로 인정하고, 또한 합의를 유효하다고 한 것은 상당하다. 그리고 이자는 채무자가 현실로 지체에 빠졌을 경우에 발생하는 것이므로, 상고인이 지체에 빠진 것은 상고인이 본건 어음금액에 대한 지급명령(支拂命令)의 송달을 받은 때에 있으므로, 원심이 그 다음 날로부터 이자를 기산하여야 한다는 취지를 판결한 것은 상당하다. 그런데 피상고인이 지급명령신청일로부터 이자의 청구를 한 것이므로, 원심은 이를 부당하다고 하여 지급명령송달의 다음 날부터의 이자를 지급하여야 한다고 하고, 나머지 이자의 청구를 각하한 것은 당사자의 주장에 기한 것으로 이를 무시한 것이 아니다. 요컨대, 원판결의 이유에서 모순, 위법한 점이 없으므로 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

11 토지소유권확인 및 인도청구권에 관한 건
〔대정3년민상제445호 내지 제449호 1915년 2월 23일 판결〕

【판결요지】

1. 행정기관이 법규(法規)에 기하여 한 행정처분은 그 처분 자체가 무효로 돌아가거나 그 처분이 취소되지 아니하는 한, 그 효력을 상실할 것이 아니다. 따라서 그 처분에 의하여 일개인(一個人)이 권리를 침해받는 결과가 발생하면, 청원(請願), 소원(訴願), 그 밖의 방법에 의하여 특히 그 구제를 구할 수 있는 규정이 있는 경우에는, 그 규정에 의하여 구제를 구할 수 있지만, 그러하지 아니한 경우에는 설령 일개인의 권리를 침해하는 일이 있어도 당해 처분은 그 효력을 갖는다(제445호, 제449호 상고이유 제1점).

1. 구한국(舊韓國) 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제(臨時帝室有及國有財産調査局官制)의 규정에 기한 위원회는, 제실유(帝室有) 및 국유 재산을 조사·판정하고, 그 정리를 함에 있어서 그 정리에 관하여 일개인의 재산에 관계가 있는 때에는, 이를 조사하고 그 처분을 할 직권도 있으므로, 같은 위원회가 일개인의 소유에 속하는 것을 제실유 또는 국유 재산이라고 결정하였을 때에는, 그 결과 일개인의 권리를 침해하였다고 하여도 법규에 기한 적법한 처분이라면 그 처분은 유효하다(상동).

【제 1 심】 광주지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 이병규 외 1384인
소송대리인 가고정태랑(加古貞太郞, 가꼬), 이종하, 정구창
【피상고인】 동양척식 주식회사

위 대표자 총재 길원삼랑(吉原三郎, 요시와라)
소송대리인 강전영(岡田榮, 오까다), 송본정관(松本正寬, 마쓰모또)관

【종참가인(從參加人)】 창덕궁 이왕(昌德宮 李王)
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)

위 당사자 간의 대정3년민상제(생략)호 토지소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1914년 5월 16일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

제445호, 제449호 상고이유 제1점은 다음과 같다.

상고인의 주장은 이를 요약하면, 상고인 등이 주장하는 토지는 각 상고인 등의 소유로써, 피상고인이 이를 자기의 소유라고 하고 또한 침해를 하므로, 그 구제를 구한다는 것이 명백하다. 그런데도 원심은 본건 계쟁지는 융희 2년(1908년) 2월 15일 구한국 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회가 경선궁(慶善宮)의 소유라고 결정하고, 당해 처분은 이미 확정되었으므로 같은 위원회의 결정에 대하여 아무런 구제를 구한다는 청원이 없었으며, 상고인 등의 인민(人民)도 위 처분에 의해 확정된 경선궁의 권리를 침해할 수 없는 구속력이 있고, 게다가 그 후 경선궁의 토지는 융희 2년(1908년) 칙령 제39호 제1조에 의하여 국유로 귀속하였으며, 그 후 융희 3년(1909년) 8월 10일 임시재산정리국장관에 의하여 다시 이를 경선궁에게 하급(下給)한 것이므로, 상고인 등은 현재 계쟁지에 관하여 소유권을 갖지 아니함이 명백하다는 취지를 설시하였다. 그렇지만 구한국 임시 제실유 및 국유 재산 조사국의 관장사무가 제실유 및 국유 재산을 조사·정리함에 그치는 것이

라면, 그 결정 자체는 나아가 사법관계(私法關係)에 관하여 권리의 존부를 확정하거나 권리의 득상변경을 초래하는 효력을 갖는 것이 아니다. 따라서 본건 계쟁지에 관하여 위 조사국에 의하여 경선궁(慶善宮)의 소유라고 결정되었지만, 그러한 결정을 상고인 등의 인민에게 인지(認知)시킬 상당한 방법이 없을 뿐만 아니라, 설령 이를 알고 이의를 하지 아니하였다고 하여도, 이 때문에 어떠한 상고인 등의 소유권을 상실할 이유가 아니다. 따라서 실질적으로 아직 상고인 등의 소유로서 존재하는 이상은, 융희 2년(1908년) 칙령 제39호 제1조에 의하여 국유로 귀속할 수 없고, 또한 국가가 설령 자기의 것이라고 믿고 타인에게 증여한 것과 같은 사유가 있어도, 원래 상고인 등의 소유권에 어떠한 영향을 가져올 것이 아니므로, 원심은 위 결정 이전에 있어서 상고인 등의 소유권의 유무 및 현재까지 그 권리의 이동(異動)의 유무를 심판하여야 한다. 그러함에도 불구하고, 이에 나아가지 아니하고 위 조사국의 결정에 의하여 경선궁의 소유에 귀속하는가의 여부의 점에 변론을 제한하고, 상고인의 청구를 배척한 것은 법률을 부당하게 적용한 불법이 있다.

그러므로 살피건대, 행정기관이 법규(法規)에 기하여 한 행정처분은 그 근거가 된 법규가 법률인가 칙령인가를 묻지 않고, 그 처분 자체가 무효로 돌아가거나 그 처분이 취소되지 아니하는 한, 그 효력을 상실할 것이 아니다. 따라서 그 처분에 의하여 일개인(一個人)이 권리를 침해받는 결과가 발생한 때에는, 청원(請願), 소원(訴願), 그 밖의 방법에 의하여 특히 그 구제를 구할 수 있는 규정이 있는 경우에는, 그 규정에 의하여 구제를 구할 수 있지만, 그러하지 아니한 경우에는 설령 일개인의 권리를 침해하는 일이 있어도 당해 처분은 그 효력을 갖는다. 그리고 본건에서의 구한국 융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제의 규정에 기한 위원회의 결정은, 일개인의 소유권을 상실시키는 효력을 갖느냐 여부에 관하여 보면, 같은 관제(官制)의 제1조 제1항에서 위 조사국은 내각총리대신의 감독에 속하고, 제실유 및 국유 재산을 조사하여 그 소속을 판정하거나 정리에 관한 사무를 관장한다는 취지, 그 제2항에서 전항의 정리에 관하여 민유재산의 관계가 있는 때에는 이를 조사하거나 그 처분을 할 수 있다

는 취지의 규정이 있다. 즉, 위 조사국 위원회는 관제의 규정에 기하여 제실유 및 국유 재산을 조사・판정하고, 그 정리를 위해 직권을 가질 뿐만 아니라, 그 정리에 관하여 일개인의 재산에 관계가 있는 때에는, 이를 조사하여 그 처분을 할 직권도 있다는 것이 실로 명백하다. 따라서 어떤 재산이 제실유인지 국유인지 또는 일개인의 소유인지가 불명인 경우에 있어서는 이를 조사하여 그 소속을 결정할 수 있으므로, 실제에 있어서 일개인의 소유에 속하는 것을 제실유 또는 국유 재산이라고 결정하였을 때에는, 그 결과가 일개인의 권리를 침해하였다고 하여도 국가행정기관이 법규에 기하여 적법하게 내린 처분으로서, 그 처분 자체가 무효로 돌아가거나 취소되지 않는 한, 그 처분은 유효하다고 논하지 않을 수 없다. 본소의 계쟁지는 구한국 융희 2년(1908년) 칙령 제2호의 관제에 의하여 조직된 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회에서 조사한 다음, 같은 해 2월 15일 경선궁의 소유지로 결정하고, 같은 해 6월 칙령 제39호에 의하여 국유로 옮기고 그 후 1909년 8월 10일에 이르러 구한국 임시재산정리국장관으로부터 이를 경선궁에게 하급하고, 경선궁은 이를 피상고인에게 매도한 것임은 원판결 및 원판결에 인용된 제1심판결의 사실적시에 의하여 명백하고, 이상의 설명에 비추어 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회가 한 결정에 의하여 융희 2년(1908년) 2월 25일 계쟁지는 경선궁의 소속, 즉 제실유의 재산으로 확정되었으므로, 당해 지소(地所)[1]가 설령 상고인 주장과 같이 위 결정 이전에 있어 상고인 등의 소유라고 하여도, 위 결정은 그 자체로 무효라고 할 성질이 없고, 또한 위 결정이 취소될 사유가 없으므로, 위 결정의 효력으로써 당해 지소(地所)는 경선궁의 소유에 귀속하고 다음으로 국유로 옮겨져 그 후 다시 경선궁의 소속이 되었으며, 같은 궁으로부터 이를 피상고인에게 매도한 것이라면, 상고인은 위 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회의 결정 이전의 사실에 기하여 그 소유권을 주장할 수 없다. 따라서 원심이 위 조사국 위원회의 결정에 의하여 계쟁지는 경선궁의 소유에 속하고 다음으로 국유로 바뀌고 그 후 다시 경선궁의 소유가 되었으며, 경선궁은 이를 피상고인

1) 지소(地所)는 '토지'를 의미함.

에게 매도한 것이라면 위 결정 이전의 사실에 기하여 권리를 운위할 수 없다고 설시하고, 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하므로 본 논지는 그 이유가 없다.

제445호, 제449호의 상고이유 보충 제1점은 다음과 같다.

원판결은 법칙을 부당하게 적용한 위법이 있다. 원판결 이유의 모두에서 말하는 "융희 1년(1907년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제에 의하여 설치된 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회에서, 나주군 지죽, 욱곡, 상곡의 3면에 소재하는 본건 계쟁지는 경선궁 소유라고 판정한 것은, 성립에 다툼이 없는 을 제1호증(결정서)에 의하여 인정할 수 있는 사실이다. 당시 행정처분의 효력이 발생하기 위해, 당해 결정서는 처분의 효과를 받는 자가 인지할 수 있는 적의의 방법으로 표시되었음은, 원래부터 이를 추정할 수 있는 바이다. 그런데도 당해 처분에 대하여 같은 령 제11조에 의하여 항소인 등으로부터 아무런 청원을 하지 아니하였음은 자인하는 바이므로, 당해 처분은 그대로 확정된 것이라고 인정할 수밖에 없다. 상언(詳言)하면, 당해 처분은 계쟁지의 소유권은 경선궁에 있음을 확인, 결정한 것이라면, 당해 처분의 확정과 함께 계쟁지에 대한 경선궁의 소유권은 확정되고, 더 이상 오늘에 있어서는 아무도 그 소유권의 귀속에 관하여 다툴 수 없다고 말하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 행정처분은 이를 받는 자에 대하여 구속력이 발생하는 것에 그치고, 그 외의 자에 대하여 아무런 효과도 없는 것이 일반적이지만, 같은 령 제11조에서 위원회의 처분에 대하여 인민의 청원을 허용함으로써 부당처분에 대한 구제의 길을 만든 취지에 비추어 보면, 인민으로부터 아무런 청원이 없이 처분이 확정된 때에는, 일반 인민에 있어서도 그 처분에 의하여 확정된 권리를 침해할 수 없는 구속을 가하는 것이라고 해석하는 것이 지당하다. 즉, 당해 처분의 확정력은 절대적이라고 말하여야 한다. 따라서 위 칙령 제2호에는 토지조사령 제15조에 규정된 것과 같은 명문이 없어도, 위 칙령의 해석상 같은 취지의 명문이 있다고 동일하게 귀착된다"고 설명하였다. 그와 같이 원심은 구한국 융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제에 의하여 설치된 같은 위원회가 내린 결정은, 토지조사령 제15조와 같은 명문이 존재하는 경우

와 동일한 효력을 갖는 것이라고 판정하였다. 그렇지만 위 위원회의 결정과 같은 특수한 행정행위의 효력은 널리 대세적 효과를 갖는 것이 아니다. 반드시 위 토지조사령 제15조와 같은 명문의 규정이 있어야 비로소 대세적 효과를 발생하는 것임은 논의할 필요가 없는 것이다. 즉, 토지조사령 제15조와 같은 명문이 없는 한, 그러한 행정행위의 효력은 대세적으로 확정될 구속력이 없고, 이것은 바로 토지조사령에 그러한 규정을 명정(明定)하였기 때문이다. 만일 그러한 규정이 없어도 당연히 원심의 설명과 같이 대세적 효력이 있는 구속력이 있다고 하면, 토지조사령에 그러한 규정을 마련할 필요가 조금도 없다는 것이 될 것이다. 특히, 구한국 제실유 및 국유 재산 조사국관제는 당시의 제도가 매우 문란하였고, 전혀 제실유 및 국유 재산의 구분·구획, 그 경계를 명확히 할 수 없었을 뿐만 아니라, 각 방면으로부터 관찰하여 그 조사·정리를 필요로 하는 이유 하나로 그치지 아니함은 당시 당국 및 식자 간에 일반적으로 인정되어, 위 조사국의 관제를 발포하고 오로지 제실유 및 국유 재산을 조사·정리함을 관장토록 한 것이다. 그렇다면 원래 그 결정 자체는 나아가 사법관계(私法關係)에 관하여 권리의 존부를 확정하거나 권리를 창설, 소멸, 그 밖의 권리의 득상변경을 가져 올 효력이 없음은 한 점의 의문도 없다. 이것은 같은 관제 제1조 제1항의 규정에 비추어도 보다 더 상기의 설명의 정곡을 찌른다는 것은 충분히 확인할 수 있다. 단지 같은 조 제2항에 “전항의 정리에 관하여 민유재산의 관계가 있을 때에는 이를 조사하고 또한 그 처분을 할 수 있다”고 규정하고, 그 조사 또는 처분 운운의 문자의 의미에 관하여 다소 해석상 단순한 관찰자의 의혹을 끌지 아니하더라도, 이 한마디로써 결정할 수 있다. 즉, 상기 설명과 같이 위 조사국의 관제는 제실유 및 국유 재산을 조사·정리하기 위해 발포된 일종의 관제(官制)이고, 게다가 위 조사·정리를 함에 있어서 민유관계가 있을 때에는 이를 처리하여 그 사무를 종료시킬 필요, 즉 위 조사국의 사무로서 처리종료(處理終了)시키지 아니할 수 없는 필요로 인하여 마련한 규정으로, 위 규정에 의하여 처분된 조사국의 행위는 같은 조사국의 사무로서는 이미 일단락을 고하고 종료된 것이지만, 이로써 인민의 권의(權義), 즉 사법상(私法上)의 권리·의무에 어떠한 영향을 가져올 것

이 아니다. 따라서 위 처분에 의하여 민유라고 결정되었을 때에는, 이를 제실유 또는 국유라고 다툴 수 없으므로 당연히 민유(民有)로 확정되고, 보통 사법관계(私法關係)에 있어서 공법상(公法上)의 다툼이 없다고 선택할 바는 없다. 단지, 제실유 및 국유 재산 소관관청이 제실유 또는 국유라고 주장할 수 없는 결과에 귀착됨에 불과하다. 이에 반하여, 위 처분에 의하여 제실유 또는 국유라고 결정되었을 때에는, 민유는 민유로서 여전히 그 권리를 상실하지 아니하고, 단지 제실유 또는 국유 재산 소관관청이 위 결정과 반대되는 주장을 할 수 없을 뿐이다. 이것은 누누이 설명한 바와 같이 위 조사국의 관제에 민유관계가 있는 운운의 규정이 단지 그러한 경우에 있어서의 관청의 사무처리방법을 정한 것에 불과한 것이라는 이유 때문이고, 그와 같이 해석할 때 비로소 위 조사국의 관제발포의 취지에 적합하고, 또한 실제로 적당하지 아니한 결과를 면할 수 있다. 또한 같은 조사국관제 제11조에 "위원회의 처분에 대하여 인민으로부터 청원이 있을 때에는 위원회에서 이를 심사·결정한다"고 하지만, 이것은 또한 상기 설명에 의하여 추론한다면, 처분을 부당하다고 할 때 불복을 신청하여 간편하게 인민은 그 권리의 장애를 제거할 수 있는 방법을 마련한 편의적 규정으로, 위 방법에 의하여 권리의 장애를 제거할 수 없고 배척된 것은, 바로 자기의 권리를 상실하는 결과가 되는 것은 아니다. 위와 다른 견해를 취한 원판결은 법칙을 부당하게 적용한 위법한 것이다.

또한 제446호, 제447호, 제448호의 상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 법칙을 부당하게 적용한 위법한 판결이다. 원판결 이유의 모두에서 "융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제에 의하여 설치된 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회에서 나주군 지죽, 욱곡, 상곡의 3면에 소재하는 본건 계쟁지는 경선궁의 소유라고 판정한 것은, 성립에 다툼이 없는 을 제1호증(결정서)에 의하여 인정할 수 있는 사실이다. 당시 행정처분의 효력이 발생하기 위해 당해 결정서는 처분의 효과를 받는 자가 인지할 수 있는 적의의 방법으로 표시되었음은, 원래부터 이를 추정할 수 있는 바이다. 그런데도 당해 처분에 대하여 같은 령 제11조에 의하여 항소인 등으로부터 아무런 청원을 하지 아니하였음은 자인하는 바이므로, 당해 처분

은 그대로 확정된 것이라고 인정할 수밖에 없다. 상언(詳言)하면, 당해 처분은 계쟁지의 소유권은 경선궁에 있음을 확인, 결정한 것이라면, 당해 처분의 확정과 함께 계쟁지에 대한 경선궁의 소유권은 확정되고, 더 이상 오늘에 있어서는 아무도 그 소유권의 귀속에 관하여 다툴 수 없다고 말하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 행정처분은 이를 받는 자에 대하여 구속력이 발생하는 것에 그치고, 그 외의 자에 대하여 아무런 효과도 없는 것이 일반적이지만, 같은 령 제11조에서 위원회의 처분에 대하여 인민의 청원을 허용함으로써 부당처분에 대한 구제의 길을 만든 취지에 비추어 보면, 인민으로부터 아무런 청원이 없이 처분이 확정된 때에는, 일반 인민에 있어서도 그 처분에 의하여 확정된 권리를 침해할 수 없는 구속을 가하는 것이라고 해석하는 것이 지당하다. 즉, 당해 처분의 확정력은 절대적이라고 말하여야 한다. 따라서 위 칙령 제2호에는 토지조사령 제15조에 규정된 것과 같은 명문이 없어도, 위 칙령의 해석상 같은 취지의 명문이 있다고 동일하게 귀착된다"고 한다. 그와 같이 원심은 구한국 융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제에 의하여 설치된 같은 위원회가 내린 결정은, 토지조사령 제15조와 같은 명문이 있는 경우와 동일한 효력을 갖는 것이라고 판정하였다. 이것은 상고인이 가장 따를 수 없는 점으로, 위 위원회의 결정과 같은 특수한 행정행위의 효력과 같은 것은, 반드시 명문의 규정을 두어야 비로소 대세적 효과를 발생한다는 것은 두말할 필요가 없는 자명한 이치임에도 불구하고, 토지조사령 제15조의 명규(明規)에 의한 효과와 동일한 효과를 갖는다고 한 것은, 법칙을 부당하게 적용한 위법이 있다.

살피건대, 구한국 융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제에 의하여 설치된 위원회가 그 권한에 기하여 조사・결정한 때에는, 당해 결정 자체가 무효로 되거나 취소되지 않는 한 유효라는 것은 제445호, 제449호의 상고이유 제1점에서 이미 설시한 바이다. 그리고 위 위원회가 그 조사한 재산에 관하여 이를 제실유 또는 국유라고 결정한 경우와 이를 민유라고 결정한 경우에 따라 그 효력이 미치는 범위를 달리한다고 하지 않을 수 없다. 이를 제실유 또는 국유로 결정한 경우에는, 설령 당해 재산에 실제로 민유에 속하는

것이 있어도 그 부분에 관한 일개인의 소유권은 소멸하고 제실유 또는 국유로 귀속되며, 누구도 결정 이전의 사실에 기하여 그 소유권을 주장할 수 없다. 왜냐하면, 위 조사국의 관제에 기한 위원회의 직무권한은 단순히 제실유 및 국유 재산을 구분・정리함에 그치지 아니하고, 그 정리시에 민유재산의 관계가 있을 때에는 이를 조사하여 제실유인지, 국유인지 또는 민유인지를 판별하여, 그 소속을 확정함에 있음은 같은 관제 제1조의 규정에 의하여 명확하다. 반면으로, 그 권리를 침해당한 일개인은 같은 관제 제11조에 의하여 청원을 할 수 있지만, 만일 청원을 하지 아니하거나 청원을 하여도 앞의 결정이 취소되거나 변경되지 않는 한, 당해 결정의 효력으로 제실유 또는 국유 재산으로 확정되고, 다시 민유재산이라고 하여 이를 다툴 여지는 없다. 이에 반하여, 위원회가 조사한 다음 이를 민유, 즉 일개인의 소유재산으로 결정한 경우에는, 그 결정의 효력은 단지 제실유 또는 국유 재산이 아님을 확정하는 것에 그치고, 일개인 누구의 소유라는 점에 관하여 확정력을 갖는 것이 아니며, 단지 민유재산이라는 점에 관하여 확정력을 가질 뿐이다. 왜냐하면, 위 관제의 성질은 제실유 및 국유 재산을 구분・정리함을 주안으로 하고, 민유재산에 관계가 있을 때에는 제실유 및 국유와 민유를 구분하는 것이므로, 조사에 관계된 재산은 민유라는 것을 확정함으로서 충분하다. 그 민유재산이 누구의 소유인지를 확정할 필요가 없다. 따라서 제실유 및 국유 재산이라고 결정하였을 때에는 누구도 그 소유권을 주장하여 이를 다툴 수 없지만, 민유재산이라는 결정이 있을 때에는 일개인 상호간에 있어서 다시 그 소유권의 귀속을 다툴 여지가 있다. 이 점은 토지조사령과 그 목적을 달리하는 바이다. 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회의 결정은 단지 제실유 및 국유와 민유를 구분하고 그 소속을 확정함에 그치고, 토지조사령은 토지를 조사하고 그 소유자를 확정함을 목적으로 하므로, 같은 령 제15조에서 토지소유자의 권리는 사정(査定)의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다고 규정하고, 특히 그 확정력을 명시한다. 따라서 사정 또는 재결에 의하여 누구의 소유지로 확정된 이상은 일개인 상호간에 있어서의 토지소유권은 확정되고, 다시 그 소유권을 다툴 여지는 없다. 양자는 이러한 차이가 있음에도, 원판결에서 임시 제실유 및 국유 재산

조사국 위원회가 내린 결정의 효력은 절대적이고, 토지조사령 제15조에 규정하는 것과 같은 명문이 없어도 융희 2년(1908년) 칙령 제2호의 해석상 마치 같은 취지의 명문이 존재하는 것과 동일하게 귀착된다고 설시한 것은, 같은 칙령의 입법정신을 몰각하여 해석상 타당하지 아니함을 면할 수 없다. 그러나 본건에서는 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회에서 계쟁지를 경선궁의 소유 즉, 제실유로 결정한 것이고 민유로 결정한 것이 아니므로, 설령 결정 이전에 계쟁지는 일개인의 소유라고 하여도 당해 결정의 효력으로 계쟁지에 대한 일개인의 소유권은 소멸하고 제실유로 귀속되는 것이므로, 누구도 결정 이전의 사실에 기하여 그 소유권을 주장할 수 없다. 따라서 원판결에 "당해 결정과 함께 계쟁지에 대한 경선궁의 소유권은 확정되고, 더 이상 오늘에 있어서는 누구도 그 소유권의 귀속에 관하여 다툴 수 없다"고 판시하여 상고인의 청구를 배척한 것은 결국 상당하므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

제445호, 제449호의 보충상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 법률에 위배하여 사실을 확정하고 또한 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있는 것이다. 임시 제실유 및 국유 재산 조사국의 후신, 즉 승계관청인 임시재산정리국의 장관 황이현태랑(荒井賢太郞, 아라이)이 본건 계쟁지를 경선당(慶善堂) 사유지(私有地)로 인정하고 이를 환부(還付)한 것은 을 제2호증의 기재로부터 명백하고, 또한 당사자 간에 다툼이 없는 바이다. 이것은 바로 전 임시 제실유 및 국유 재산 조사국의 처분이 오류이기 때문에 이를 취소하고, 나아가 사유(私有)로 인정하여 이를 환부할 의사임은 물론이다. 단지, 당시 결정과 같은 것에 제도 경시(輕視)가 되므로 명확히 취소 운운이라는 문자를 쓰지 아니하였음에 불과하다. 과연 그렇다면 이것은 전 조사국의 결정을 대신하는 것이므로, 본소의 토지는 이미 사유지 즉 민유지라는 결정이 된다. 이미 민유지가 된 이상은 이것이 인민(人民)인 갑의 소유인지 또는 을의 소유인지의 문제는, 다시 사법법원(司法裁判所)의 판단에 의하여 실질상 그 소유권을 갖고 있는 본소유자에게 귀속되어야 한다. 설령 위 조사국이 갑의 소유라고 인정하여도, 만일 을이 본소유자라고 한다면, 을의 소유권이 갑에게 이전하거나 갑에게 새로이 소유권이 발

생할 이유가 없다. 조사국의 결정의 효력은 국유, 민유의 구분에 그치고, 나아가 인민인 갑의 소유이거나 을의 소유인 것에까지 그 효력이 미치지 아니한다. 그런데도 원판결은 상기 설명한 바와 같은 견해를 취하지 아니하고, 이에 반하는 사실을 인정한 것은 법률에 위배하여 사실을 확정하고 또한 법칙을 부당하게 적용한 두 불법이 있다.

또한, 같은 추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

전술한 이유에 의하여, 임시 제실유 및 국유 재산 조사국의 결정은 제실유 및 국유, 민유의 구별의 점에 있어서만 처리할 권한이 있고, 당해 권한 내의 사항에 관하여만 확정의 효력, 즉 구속력이 있다고 한다면, 본건 계쟁지에 관한 처분은 과연 어떠한 처분인지, 즉 을 제1호증인 융희 2년(1908년) 2월 15일 임시 제실유 및 국유 재산 조사국의 결정은 본건 계쟁지로써 제실유 또는 국유라고 판정한 것인지, 또는 제실 및 국유 재산이 아니라고 판정한 것인지, 이 점이 또한 본건에서의 하나의 쟁점이다. 그런데 원판결은, 융희 2년(1908년) 칙령 제39호 제1조에 의하면 궁내부(宮內府) 소관 및 경선궁 소속의 부동산은 이를 국유로 한다는 취지의 명기가 있으므로, 상기 조사국 위원회의 처분에 의하여 경선궁의 소유라고 결정된 본건 계쟁지는 당연히 국유로 귀속된 것으로 인정할 수밖에 없고, 이와 동시에 계쟁지에 대한 사인(私人)의 소유권은 전적으로 소멸한 것이라고 말하여야 하며, 성립에 다툼이 없는 을 제2호증(하급서, 下給書)에 의하면, 경선궁 소관이고 앞서 국유로 이전된 국유지(을 제2호증에는 '국유지' 세 글자의 기재가 없는데 원판결의 오기일 것이다)는 경선궁의 사유로 인정하고, 융희 3년(1909년) 8월 10일 임시재산정리국장관으로부터 경선궁으로 환부한다는 취지의 기재가 있다. 그러나 경선당(慶善堂)은 경선궁으로 개칭하기에 이르러 그 신분상 변경을 초래함과 동시에, 종래 경선당에 속한 재산은 모두 경선궁으로 귀속되었던 것이라면, 경선궁으로 개칭된 후에 있어서는 경선당이라는 것이 없고, 따라서 역시 경선당의 사유재산도 없는 이치가 된다. 과연 그렇다면, 을 제2호증의 하급처분은 경선궁에 대하여 내려진 것이고 경선당에 대하여 내려진 것이 아님은 논리상으로 미루어 생각하여도, 또한 같은 호증의 수취인으로 보아도 용이하게 관취(觀取)할 수 있는 바이다. 하급처분의 효과에 관하여는,

경선궁은 당해 처분으로부터 계쟁지의 소유권을 회복한 것이 아니라, 일단 국유로 귀속된 권리를 새로이 취득한 것으로 해석하여야 한다고 설시하고 있다. 그렇지만 경선궁 소속의 재산과 경선당 사유(私有)의 재산은 원래 그 취지를 달리하고, 그 재산권이 귀속하는 바가 명확히 구별된다. 왜냐하면, 경선궁이란 그 당시 엄비(嚴妃)가 대황제폐하의 빈궁(嬪宮)인 지위에 의하여 형성된 일궁(一宮)을 지칭하는 것이다. 그리고 모두 제실에서 같은 궁으로 제공된 모든 재산은 즉 같은 궁의 소속이라고 말하여야 하지만, 엄비의 일개인으로서의 사유재산 즉 경선궁이라는 자격·지위로부터 당연히 공급을 받는 재산 이외의 것은, 이것은 경선궁의 소관이 아닌 엄비 일사인(一私人)의 소유재산이다. 이것은 그 당시의 관례(慣例)로부터 명료한 사실이고, 또한 일반적인 조리에서 보아도 그 당시 엄귀비는 빈궁인 지위를 갖는 이외에, 일개인의 자격으로 사권(私權)을 향유할 수 있음은 의문이 없다. 과연 그렇다면 융희 2년(1908년) 칙령 제39호에 의하여 경선궁 소관 재산을 국유로 이속(移屬)시킨 것, 곧 위와 같이 빈궁의 재산을 가리키는 것이고, 엄비의 사유재산은 포함되지 아니한다고 말하지 않을 수 없다. 그리고 원판결의 소론과 같이 경선당은 경선궁으로 개칭된 후에 있어서는, 경선당이라는 것이 없다고 하여도 엄비의 일사인인 자격은 여전히 존재하고, 따라서 일사인으로서 향유할 수 있는 사유재산도 아무런 변동이 발생할 이유 없는 것이라고 할 수 있다. 따라서 을 제2호증 성립 당시에 있어서는 이미 경선당을 경선궁으로 개칭한 후임에도 불구하고, 계속 경선당 사유지라고 명기한 것은, 이것이 경선궁 소관 재산 이외의 엄귀비 사유재산임을 표시한 명문(明文)이라고 해석하지 아니 할 수 없다. 그렇다면 이 을 제2호증에 의하여 환부를 받은 것은, 원판결의 설시와 같이 일단 국유에 귀속된 권리를 새로이 취득한 것이 아니라, 원래부터 존재한 권리를 회복하는 순서임이 명백하다. 만일, 국유로 귀속된 것을 새로이 하급한 것으로 해석할 때에는, 을 제2호증에 사유라고 인정하고, 이를 환부한다는 문구는 도저히 그 의미를 관철할 수 없을 뿐만 아니라, 실제 그 당시의 사실에 부합하지 아니한 해석이다. 나아가 국유에 속하는 권리라고 한다면, 당시 임시재산정리국장관이 함부로 국유 재산을 처분하여 경선궁에 하급하는 권한을 갖는 것

이 된다. 원판결은 경선궁 소속과 경선당 소유와의 구별을 혼동한 결과 위와 같은 오류의 해석을 한 것이다. 이상 논술한 바와 같이 하면, 계쟁지는 원래부터 제실유 및 국유가 아닌 민유에 속하는 것이 명백하므로, 임시 제실유 및 국유 재산 조사국에서는 조사의 결과 그 직권 내에서 이것은 제실유가 아니라고 결정하여, 그 결과로써 이를 경선궁 엄비의 사유로 하여 하급하는 절차를 하였음에도 불구하고, 그 후 이를 경선궁 소관 재산으로서 국유로 혼입한바, 또한 그 후 이를 발견하여 임시재산정리국장관이 다시 이를 원래의 소유자에게 반환한 것이라고 해석하지 아니할 수 없다. 이 임시재산정리국장관의 처분은 그 권한 내에 있어서 행정사무의 착오를 정리한 것에 불과하고, 결코 국가의 소유재산을 처분한 것이 아님은 실로 명백하다. 그렇다면 이 행정행위는 상고인 등의 사법상(私法上) 권리관계에 관하여는 조금도 영향이 없음에도 불구하고, 원판결이 무리하게 상고인 등의 청구를 배척한 것은 불법하다.

또한 제446호, 제447호, 제448호의 상고이유(추가) 제3점은 다음과 같다.

원판결은 사실을 부당하게 확정하여 쟁점을 판단한 불법이 있다. 원판결 이유에서는 "성립에 다툼이 없는 을 제2호증(하급서)에 의하면, 경선궁 소관으로 이미 국유로 이속된 국유지는 경선당의 사유로 인정하고, 융희 3년(1909년) 8월 10일 임시재산정리국장관으로부터 경선궁에 환부한다는 취지의 기재가 있다. 그러나 경선당은 경선궁으로 개칭되기에 이르러 그 신분상의 변경이 초래되고, 동시에 종래 경선당에 속한 재산은 모두 경선궁으로 귀속되므로, 경선궁으로 개칭된 후에는 경선당이라는 것은 없고, 따라서 역시 경선당의 사유재산이라는 것도 없는 이치가 된다. 과연 그렇다면 을 제2호증의 하급처분은 경선궁에 대하여 내려진 것이고, 경선당에 대하여 내려진 것이 아님은 논리상 추론하여도, 또한 같은 호증의 수취인을 보아도 용이하게 관취할 수 있는 바이다"라고 단정하였다. 원심이 단정하는 바와 같이 경선당과 경선궁은 동시에 병존할 수 없다고 한다면, 을 제1호증, 즉 융희 2년(1908년) 2월 15일 구한국 임시 제실유 및 국유 재산 조사국이 계쟁지를 경선궁의 소유라고 결정하고, 당시에는 경선당이라는 것이 존재할

수 없다. 그리고 을 제2호증(하급서)에 의하면 계쟁지는 경선당의 사유지로 인정하고, 이를 환부한다고 칭한다. 과연 그렇다면 경선당으로서의 존재는 상기 을 제1호증에 기한 결정, 즉 융희 2년(1908년) 2월 15일 이전이 아닐 수 없다. 그리고 계쟁지는 융희 2년(1908년) 2월 15일 이전에 이미 경선당이라는 일사인으로서 사유지가 되었다고 말하지 아니할 수 없다. 만일 그렇다고 한다면, 귀원 대정2년민상80호판결의 말미에서 "위 조사국의 관장사무란 제실유 재산 및 국유 재산을 조사·정리함에 그치는 것이라면 …"이라는 설시에서도 추론되듯이, 상기 조사국이 전적으로 사인의 사유지인 본건 계쟁지를 처분하는 것은, 그 관제상의 직무를 유월한 위법한 결정임은 매우 명백하다고 말하여야 한다. 원심은 경선당과 경선궁은 동시에 병존할 수 없다고 단정하고, 과연 그렇다면 을 제2호증에 의하여 계쟁지는 경선당의 사유지라는 임시재산정리국장관의 인정은, 전단에서 말한 바와 같이 융희 2년(1908년) 2월 15일 이전에 계쟁지는 이미 일사인인 경선당의 사유지가 된다. 따라서 경선궁 소속의 부동산이 아님은 명백하고 다툴 수 없는 바이다. 과연 그렇다면 융희 2년(1908년) 칙령 제39호에 의하여 계쟁지는 국유로 이속되지 아니하고, 또한 이속될 수 없는 것은 한 점의 의문도 받아들일 여지가 없다. 그리고 원판결은 을 제2호증의 수취인에 관하여 운위하지만, 을 제1호증의 결정에 오류가 있어 경선궁을 피처분자로 하였기 때문에, 을 제2호증의 시정처분도 또한 경선궁을 수취인으로 하지 아니할 수 없는 당연한 사리를 이해하지 못함으로 인한 잘못된 판단이다. 요컨대, 을 제2호증은 을 제1호증의 결정을 취소한 것이고, 원심이 본건 계쟁지 소유권의 귀속 여하의 문제를 을 제1호증의 결정에 의하여 단정한 것은, 사실을 부당하게 확정하여 쟁점을 판단한 불법한 판결이다.

같은 추가상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결은 채증법칙에 위배된 불법이 있다. 원판결은 경선당과 경선궁과는 동시에 병존할 수 없다고 설명하고, 경선궁으로 개칭된 후에는 경선당이라는 것이 없고, 따라서 경선당의 사유재산이라는 것도 없는 이치라고 단정한다. 이것은 원심의 독단으로 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 을 제2호증의 명기를 무시한 것이다. 상고인이 믿는 바에 의

하면, 경선당, 경선궁은 결코 동시에 병립할 없는 것이 아니고, 경선궁으로 개칭된 후에도 경선당으로서의 사유재산을 보유할 수 있음은, 을 제2호증이라는 원판결에 이른바 국가기관의 명문에 의하여 명백하다. 즉 경선궁은 경선당으로서의 사유재산을 보유할 수 있으므로 이를 경선궁에 환부한 것이다. 그런데도 원판결이 이 명문에 기재된 사항을 무시하고, 상고인의 주장을 배척한 것은 채증법칙에 위배하여 사실을 확정한 위법이 있다.

살피건대, 계쟁지는 구한국 융희 2년(1908년) 2월 15일 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회의 결정에 의하여 경선궁의 소유에 속하고, 같은 해 칙령 제39호에 의하여 국유로 옮겨졌으며, 그 후 을 제2호증의 임시재산정리국장관의 처분에 의하여 다시 경선궁의 소속이 된 것이다. 위 을 제2호증에 의한 임시재산정리국장관의 처분은, 앞서 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회가 내렸던 계쟁지가 경선궁의 소유라는 결정은 오류에서 나온 것이라고 하여 이를 취소하고, 나아가 이를 일개인의 소유, 즉 민유라고 인정하며, 일단 국유에 속한 지소(地所)를 민유지로 한 것이 아니다. 앞서 위원회의 결정에 의하여 경선궁의 소유에 속하고, 그 후 국유로 귀속된 계쟁 지소(地所)를 제실(帝室)의 일원(一員)인 경선궁의 소유재산으로 하여 하급처분을 한 것에 불과하다. 을 제2호증 중에 경선궁의 사유지로 인정하고 운운이라고 되어 있고, 그 사유라는 문자는 마치 민유지라고 인정하여 이를 민유재산으로서 환급(還給)하는 것과 같은 외관이 있지만, 위 사유지 운운의 문구는 조사국 위원회의 결정 이전의 내력을 보여주는 것에 불과하고, 같은 호증의 처분은 계쟁지를 민유지로 하여 환급한 것이 아니라, 제실의 일원인 경선궁의 소유로 하여 하급한 것임은, 같은 호증의 전취지에 의하여 해석할 수 있다. 따라서 원판결에서 경선당의 사유재산은 없고, 을 제2호증의 하급처분은 경선궁에 대하여 내려진 것으로 판시한 것은 상당하다. 가령, 상고인 소론과 같이 위 사유라는 문자는 일개인의 소유, 즉 민유라는 의의로 사용한다고 하지만, 이미 상기와 같이 설명하였듯이, 조사국 위원회에서 조사한 다음 계쟁지는 경선궁의 소유, 즉 제실유재산이라고 결정한 이상은, 당해 결정의 효력으로써 실제로 민유인 지소(地所)도 제실유에 귀속하는 논리라면, 그 후 국유로

옮겨진 다음 임시재산정리국장관의 처리에 의하여 다시 제실의 일원인 경선궁에게 하급되었다면, 경선궁은 이에 의하여 그 소유권을 취득하는 것은 당연하고, 조사국 위원회의 결정 이전에 계쟁지가 경선당인 일사인에게 속하였는가의 여부는 굳이 물을 필요가 없다. 그리고 원판결이 확정한 사실에 의하면, 경선궁은 경선당의 개칭으로 동일인에 대한 칭호임은 명백하므로, 양자 동시에 병존할 수 없다. 을 제2호증은 이전 경선당이라 칭하고 제실의 일원인 경선궁의 소속으로 계쟁지를 하급한다는 취지라고 해석함이 상당하다. 따라서 원판결에서의 같은 호증의 해석은 상당하고 소론과 같이 위법하지 아니하다. 또한, 계쟁지가 민유지라는 처분을 받았다고 하면, 토지조사령에서와 같이 일개인 상호간의 소유권을 확정하는 것이 아님은 소론과 같지만, 상기 설명과 같이 을 제2호증에 의한 처분은 계쟁지를 일개인의 소유 즉 민유라고 한 것이 아니라, 제실의 일원인 경선궁의 소유라고 하여 하급한 것이므로, 이를 민유라고 하여 처분하였다는 의견을 전제로 하여 원판결을 공격하는 본 논지는 그 이유가 없다. 또한, 당원 대정3년민상제80호의 판결을 원용하지만, 같은 판결은 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회에서 제실유 또는 국유로 결정된 지소(地所)에 관하여 일개인 상호간에 그 소유권의 확인을 구하는 소는, 사법(司法)법원의 관할에 속한다는 취지를 판시한 것에 그치고, 당해 결정의 효력이 결정 당시에 있어서의 일개인의 권리에 어떠한 영향을 미치는 것인지 여하에 관하여 판정한 것이 아니므로, 위 판례에서 조사국 위원회는 제실유 및 국유 재산을 조사・정리함에 그치고, 일개인의 소유재산에 관하여 아무런 처분권이 없다고 판시한 것처럼 논하고 이를 상고이유로 원용하는 것은 적절하지 아니하다. 요컨대, 원판결은 소론과 같이 법률에 위배하여 부당하게 사실을 확정한 위법이 없으므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없음에 돌아간다.

제446호, 제447호, 제448호의 상고이유 제2점 및 제445호, 제449호의 상고이유보충 제3점은 다음과 같다.

원판결은 이유를 구비하지 아니한 위법한 판결이다. 원판결 이유 중단(中段)에 "성립에 다툼이 없는 을 제1호증(하급서)에 의하면, 경선궁 소관으로 이미 국유로 이속된 국유지는 경선당의 사유로 인정하고, 융

희 3년(1909년) 8월 10일 임시재산정리국장관으로부터 경선궁으로 환부한다는 취지의 기재가 있다. 그러나 경선당은 경선궁으로 개칭되어 그 신분상의 변경을 초래하였다”(후략). 이를 보면 계쟁지가 경선당의 사유로 인정됨은 명백하다. 그리고 경선당과 경선궁과의 관계에 관하여 원판결은 단지 “그러나 경선당은 경선궁으로 개칭되어 그 신분상의 변경을 초래하였다”라고 설시함에 그치고, 개칭 신분상의 변경에 관하여 아무런 설명도 하지 아니한다. 따라서 가령 원심의 설시로서 정확한 사실이라고 하지만, 개칭 신분상의 변경의 시기, 이러한 변혁과 경선당 사유재산, 경선궁 재산과의 관계 등이 명확하지 아니하다. 이것은 상고인이 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 원판결에 “을 제2호증에 의하면 경선궁 소관으로 이미 국유로 이전된 지소(地所)는 경선당의 사유로 인정하고, 융희 3년(1909년) 8월 10일 임시재산정리국장관으로부터 경선궁으로 환부한다는 취지의 기재가 있다. 그러나 경선당은 경선궁으로 개칭되어 그 신분상의 변경을 초래하였고, 동시에 종래 경선당에 속한 재산은 모두 경선궁에 귀속되었으므로, 경선궁으로 개칭된 후에는 경선당이라는 것은 없고 …, 을 제2호증의 하급처분은 경선궁에 대하여 내려진 것으로 경선당에 대하여 내려진 것이 아님은 논리상 미루어 생각하여도, 또한 같은 호증의 수취인으로부터 보아도 용이하게 관취되는 바이다. 하급처분의 효과에 관하여는 경선궁은 당해 처분에 의하여 계쟁지의 소유권을 회복한 것이 아니라, 일단 국유에 귀속된 권리를 새로이 취득한 것으로 해석하여야 한다”고 설시하고 있다. 이를 본다면 원심은, 경선당은 경선궁이 개칭된 것으로 양자 동일인에 대하여 시간을 달리 하는 칭호에 지나지 않는다 인정하고, 계쟁 지소(地所)는 임시 제실유 및 국유조사회의 결정에 의하여 경선궁의 소속이 된 다음, 국유로 옮겨지고 그 후 을 제2호증의 처분에 의하여 이전 경선당으로 호칭하고 후에 경선궁으로 개칭된 자의 재산에 속하는 것으로 하여 하급되어, 경선궁은 이에 의하여 그 소유권을 취득한 것으로 판단한 것임은 명백하므로, 계쟁지가 경선궁의 소유에 속한다고 인정한 이유에 있어서 결하는 바가 없음에 관하여, 더 나아가 경선당이 경선궁으로 개칭된 시기 및 신분상의 변경시기 등에 관하여는 특히 이를 설시할 필요가 없다. 왜냐

하면 을 제2호증에 기재된 경선당의 사유 운운이라는 문구는, 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회의 결정 이전에 있어서의 계쟁지의 소속에 관한 경력을 보여주는 것에 불과하고, 당해 처분에 의하여 경선궁의 소속으로 확정된 이상은, 경선당을 경선궁으로 개칭한 시기 및 그 신분상의 변경이 있은 시기 등은 본건의 쟁점을 판단함에 있어서 아무런 관계가 없기 때문이다. 따라서 원판결에서 이를 설시하지 아니하여도 위법이 아니다. 본 논지는 그 이유가 없다.

제445호 내지 제449호의 추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은, 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회에서 본건 계쟁지는 경선궁의 소유라고 판정하였음은 을 제1호증으로 인정할 수 있는 사실이라고 하고, 그런데 당해 처분에 대하여 같은 령 제11조에 의하여 항소인 등으로부터 아무런 청원을 하지 아니하였음은 그 자인하는 바이므로, 당해 처분은 그대로 확정되었다고 인정하여야 하고, 상언하면 당해 처분은 계쟁지의 소유권은 경선궁에 있음을 확인, 결정한 것이라면, 당해 처분은 확정과 함께 계쟁지에 대한 경선궁의 소유권은 확정되고, 더 이상 지금에 이르러 누구도 그 소유권의 귀속에 관하여 다툴 수 없다고 판시하였다. 그렇지만 임시 제실유 및 국유 재산 조사국은 그 관장사무가 제실유 및 국유 재산을 조사하고, 이를 정리함에 그치는 것은, 이미 상고장에서 말한 바와 같다. 즉, 위 위원회의 결정이라는 것은, 내용의 여하를 불문하고 그 직장(職掌) 내에 속하는 행정행위를 하는 것뿐으로, 일개인의 사법상의 권리관계에 관하여는 위 행정처분으로 인하여 득상변경의 결과가 발생할리 없음은 두말할 필요가 없다. 어떤 논자는 같은 령 제1조 제2항에 처분을 할 수 있다는 것은 즉 일정한 권리에 관하여 득실변경의 결과를 초래하는 처분을 한다는 규정으로, 이 칙령의 규정은 일반에 대하여 구속력이 있다고 칭한다는 것도 있지만, 이 칙령이란 일반적으로 준수하여야 할 법률명령이 아니라 단지 일개 관청의 직원 및 관장직무를 규정한 관제이므로, 이것으로 일반 사법상(私法上)의 권리관계에 대하여 구속력이 발생할 이유가 없음은 이것 또한 명료하다. 아울러 백보를 양보하여 위 칙령은 일반에 대하여 구속력이 있다고 가정하여도, 같은 령 제1조 제2항에 처분을 할 수 있다는 규정은, 곧 제실유 및 국유는 제실유 및

국유로 하고 그 이외의 것 즉 민유로써, 제실유 또는 국유로 혼입된 것은 이를 인민에 환부하는 처분을 할 수 있다는 규정이라고 말하지 않을 수 없다. 상언하면 같은 관청의 관장사무는 제실유 및 국유 재산을 조사·정리하는데 그치므로, 제실유 및 국유에 속하는 것 이외의 재산은 당연히 제실유 및 국유가 아니고, 인민에게 환부하는 처분만을 할 수 있을 뿐이며, 여기에서 일보 전진하여 민유 중 각자의 소유권을 하나하나 확정할 권한이 없음은 극히 명료하다. 따라서 같은 령 제11조의 규정도 역시 이 점에 관하여만 마련 된 것이다. 예를 들면 제실유라거나 민유라는 결정을 함에 있어서는, 같은 령 제11조에 의하여 청원을 하지 아니하면 그 결정은 확정의 효력이 발생한다고 말할 수 있지만, 일단 민유로서 환부한다는 처분을 한 이상은, 그 환부를 받은 일사인(一私人)과 다른 일사인과의 사이에 있어서의 사권상(私權上)의 다툼에 관하여는, 같은 령의 규정으로 아무런 영향도 미치지 아니한다. 그렇다면 본건 계쟁지에 관하여 위 위원회에서 경선궁의 소유라고 결정하였다고 하여도, 이것은 요컨대 상술한 바와 같이 제실유 및 국유, 민유의 구별을 판시한 것이고, 일개인의 사법상의 권리관계를 확정시키는 것이 아니다. 따라서 경선궁이 제실의 일부라고 한다면, 위 결정은 곧 본건 계쟁지를 제실유라고 판정한 취지이고, 만일 경선궁이 일사인이라고 한다면, 위 결정은 즉 본건 계쟁지를 민유라고 판정한 취지가 된다. 즉 환언하면 제실유 및 국유 재산이 아니라고 판정한 것이 된다. 이를 본다면, 원판결은 융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국관제의 효력 여하 및 제실유 및 국유 재산 조사국의 직무 여하를 고려하지 아니하였기 때문에, 결국 사법행정(司法行政)의 한계를 혼동하고 상기와 같은 오류, 불법인 판정을 하기에 이른 것이다.

그렇지만 구한국 융희 2년(1908년) 칙령 제2호 임시 제실유 및 국유 재산 조사국의 관제에 기한 위원회의 결정은, 그 결정 자체가 무효로 되거나 취소되지 않는 한, 일개인의 권리를 침해하는 결과가 발생하여도 유효하다는 점 및 같은 위원회에서 민유라고 결정한 재산에 관하여는 일개인 누구의 소유라고 확정하는 효력이 없으므로, 일개인 상호간에 있어서 그 소유권을 다툴 여지가 있다고 하여도, 본건의 지소(地

所)에 관하여는 같은 위원회에서 제실의 일원인 경선궁의 소유라고 결정한 것이므로, 일개인이 당해 결정 이전의 사실에 기하여 소유권을 주장할 수 없음은, 제445호, 제449호의 상고이유 제1점, 같은 보충 제1점, 제446호, 제447호, 제448호의 상고이유 제1점에서 설명하였듯이 본 논지가 그 이유 없음은 위 상고이유에 대한 설명에 의하여 이해하여야 한다.

제445호, 제449호의 추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은, 경선궁은 엄비(嚴妃)의 칭호로 엄비는 이왕가(李王家)의 일원임은 현저한 사실이고, 따라서 계쟁지의 매도인인 엄비의 행위에 대하여 이왕가는 담보의 책임을 가지므로, 이왕가가 종참가(從參加)신청을 한 것은 상당하다고 설시하였다. 그렇지만 대저 엄비가 이왕가의 일원임은 틀림없지만, 그 사유재산은 원래 엄비 1인의 권리에 속하는 것이라면 같은 비의 재산상의 행위에 관하여 이왕직(李王職)에서 당연히 담보책임을 질 이유가 없다. 따라서 본건에 관하여 이왕직은 종참가의 신청을 할 아무런 관계가 없음은 물론이다. 만일 이왕직에서 담보책임을 질 특별한 사유가 있다면, 그 사유를 표시하여야 한다. 단지 일원이라는 이유만으로 결국 그러한 판단을 한 것은 이유불비의 위법 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 경선궁은 엄비의 칭호로 엄비는 이왕가의 일원임은 현저한 사실이다. 즉 본건의 지소(地所)는 구한국 융희 2년(1908년) 2월 15일 임시 제실유 및 국유 재산 조사국 위원회의 결정에 의하여 경선궁의 소유에 속한 다음, 국유로 옮겨져 그 후 임시재산정리국장관의 하급처분에 의하여 다시 경선궁의 소유로 귀속된 것으로, 당해 지소(地所)는 일개인의 소유가 아니라 제실의 일원인 경선궁의 소속이다. 즉 민유가 아닌 제실유재산임은 이미 설명한 바이다. 그리고 합방 후에 있어서는 구한국 제실의 일원인 경선궁의 재산은 이왕가의 재산이므로, 경선궁이 당해 지소(地所)를 매각함으로 발생하는 매도인의 담보책임은 이왕가가 이를 부담하여야 함은 두말할 필요가 없다. 따라서 창덕궁 이왕이 본건 소송에 대하여 종참가(從參加)의 신청을 할 수 있으므로, 위 종참가의 신청은 이를 허용하여야 한다. 그렇지만 원심은 그 판결이유에서는 이왕가가 담보책임을 진다고 하고, 종참가를 허용

하여야 한다고 설시하였음에도 불구하고, 이왕직장관(李王職長官) 민병석이 당연 종참가의 신청을 할 권한이 있는 것처럼 오해하고, 동인을 종참가인으로 하여 표시하였지만, 동인은 당연히 창덕궁 이왕을 대표할 자격이 없음은 물론, 경선궁이 한 본건 지소(地所)의 매매에 관하여 아무런 담보책임도 없으므로, 이를 종참가인으로 한 것은 타당하지 아니하다. 그러나 당원에서 창덕궁 이왕은 본건에 관하여 앞서 이왕직장관 민병석이 변호사 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)에게 위임하여 한 종참가신청 및 종참가에 관한 일체의 소송행위를 추완(追完)하였으므로, 당해 결점은 추완된 것으로 한다. 따라서 "이왕직은 종참가의 신청을 할 아무런 관계가 없음은 물론이다. 만일 이왕직에서 담보책임을 질 특별한 사유가 있다면, 그 사유를 표시하여야 한다"라는 본 논지 말단은, 상기 창덕궁 이왕의 소송행위 추완이 없다면 원판결을 파훼하여야 하는 이유가 되는 상고이유가 되지만, 이미 소송행위의 추완을 하였으므로 본 상고는 결국 그 이유가 없음에 돌아간다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제452조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

12 토지소유권확인 · 인도 및 매매증명말소절차이행청구에 관한 건 〔대정4년민상제18호 1915년 2월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서 양반의 입양에 관하여 예사(禮斜)를 받는 것을 그 요건으로 하는 관습은 없다(상고이유).

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 목촌덕병위(木村德兵衛, 기무라)

소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
【피상고인】 황용성

위 당사자 간의 토지소유권・확인 및 매매증명말소절차이행 청구사건에 관하여 1914년 11월 3일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

상고인은 원심에서 피상고인(피항소인)이 황병수의 양자가 되었다는 피상고인의 주장에 대하여, 조선에서는 양반의 입양에 관하여 반드시 예사(禮斜)를 받는 것을 요한다는 관습이 있음에도 불구하고, 피상고인은 예사(禮斜)를 받지 아니하였으므로 입양은 무효라는 항변을 제출하였다. 그런데 원판결이 이를 배척한 것은 관습을 무시한 불법이다.

살피건대, 종래 조선에서 양반의 입양에 관하여 예사(禮斜)를 받는 사례가 있다고 하여도, 예사를 입양의 요건으로 하는 관습은 본원이 이를 인정하지 아니한다. 따라서 피상고인이 황병수의 양자가 되면서 예사의 수수가 없다고 하여도 이로 인하여 그 입양이 무효가 되는 것이 아니므로, 원판결이 위에 관한 상고인의 항변을 배척한 것은 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

본건에서 상고인은 본건 계쟁지의 토지는 원래 황두성의 소유로서, 권창선은 이를 황두성으로부터 매수하고 상고인은 다시 이를 권창선으로부터 매수하여 소유하는 것이라고 주장하고, 피상고인은 본건 계쟁의 토지는 원래 황의연의 소유인데 피상고인은 같은 사람의 자(子)인 황병수의 양자가 되고 황의연의 사망에 의하여 그 가독(家督)을 이

어받아, 계쟁토지를 소유하기에 이르렀다고 주장한다. 그리고 상고인은 (1) 계쟁토지가 원래 황의연의 소유라는 사실, (2) 피상고인이 황병수의 적법한 양자라는 사실에 관하여 모두 이를 부인하였다(원심 제1회 구술변론조서, 제3회 구술변론조서). 따라서 제1. 계쟁지는 원래 황의연의 소유인지의 여부, 제2. 피상고인은 상속에 의하여 계쟁토지의 소유권을 취득하였는지의 여부는 본건에서 결정하여야 하는 중요한 쟁점이다. 그런데 원판결은 그 이유에서 "다음으로 본건 계쟁지는 원래 소외 황의연의 소유로서 피항소인은 상속에 의하여 계쟁지의 소유권을 취득하였는지의 여부를 살펴보면"이라고 설시하고, 그에 의하여 피항소인(피상고인)은 황병수의 적법한 양자라는 사실을 인정하여 항소인(상고인)의 항변을 배척하였으며, 마지막으로 "계쟁지는 이상 설명과 같이 피항소인이 상속에 의하여 취득한 토지로서 황두성은 과거 그 소유권을 갖지 아니하였으므로, 같은 사람으로부터 항소인이 전전하여 계쟁지의 소유권을 취득할 수 없음은 매우 명료하다"라고 설시함에 그친다. 따라서 제1의 쟁점인 계쟁의 토지가 원래 황의연의 소유인지의 여부의 사실에 관하여는 아무런 판단을 하지 아니하고, 또한 아무런 이유를 설시하지 아니하였으므로, 쟁점을 유탈하고 또한 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 원판결이 원용하는 갑 제3호증, 갑 제4호증의 1, 2 및 갑 제11호증 중의 어느 것이라도 계쟁지는 황의연의 소유라는 취지의 기재가 있고, 또한 황건수의 제1심에서의 증인신문조서 중에도 계쟁지가 원고(황용성)가 조부 황의연으로부터 상속하였다고 확인하기 어렵지 아니하므로, 원판결에 소론과 같이 위법이 있다고 말할 수 없다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결이 증거로 원용한 갑 제1호증은 상고인이 원심에서 그 성립을 부인한 것으로(제1회 구술변론조서 참조), 이에 대하여 피상고인은 그 성립을 증명하는 아무런 방법도 제출하지 아니하였다. 그리고 원판결은 독단적 판단을 내리고 "진정 성립이 인정되는 갑 제1호증"이라고 설시하여 이를 증거로 원용한 것은 채증법칙에 위배되는 불법이 있다는 점이다.

살피건대, 갑 제1호증 창원 홍민세보(洪民世譜)는 당사자 간에 성립한 서면이 아니므로, 상대방의 인부에 불구하고 원심에서 그 성립을 진정한 것이라고 하여 이를 원용한 것은 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 “제1심 증인 김소사, 황건수의 증언을 증거로 원용하였지만, 김소사는 자신이 첩이 되어 황병수에게 간 음 12월 말일, 황용성은 황병수의 사양자(嗣養子)가 되었다”라고 진술하고, 황건수는 “원고 입가 후 양부 병수는 첩 김소사를 들였다”라고 진술하여, 양자의 진술은 서로 모순됨에도 불구하고, 이를 증거로 이용한 것은 채증법칙에 위배되는 불법이다.

살피건대, 원판결은 본건 계쟁지가 원래 소외 황의연의 소유로서 피항소인(피상고인)이 상속에 의하여 계쟁지의 소유권을 취득하였는지의 여부를 판단함에 있어, 제1심 증인 김소사, 황건수의 진술을 원용한 것으로, 피항소인 황용성이 황의연의 장자 병수가 처가 있음에도 자가 없으므로 그 제(弟)인 관수의 장자 용성을 양자로 하고, 의연에 앞서 사망하고 다음으로 의연이 사망함으로써 피항소인이 계쟁지를 상속하였다고 인정한 것이다. 그렇다면 그 원용한 증인의 증언 중 다소 서로 다르다고 하여도, 용성이 병수의 양자가 된 사실에 상호 모순된 점이 없으므로, 이를 원용하여 상기의 판단을 한 원판결은 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결은 상고인이 제출한 출소기한(出訴期限)의 항변에 대하여 “전략 본건은 피항소인이 상속에 의하여 얻은 계쟁지를 소외 황두성이 모인(冒認)판매함으로써 그 회복을 구하는 것이라면, 전택조(田宅條)에 소위 도매자불한년(盜賣者不限年)이라는 것에 해당하므로 원래 출소기한의 적용을 받는 것이 아니다”라고 설시하였다. 그러나 보통 불법하게 타인의 재산을 탈취한 자가 5년간 스스로 이를 점유하고, 그 사이에 타인에게 양도하지 아니하면, 대전회통의 소위 출소기한의 경과에 의하여, 피해자인 원소유자는 그 반환을 청구할 권리를 상실하는 것으로, 출소기한 경과 후 모인자(冒認者)가 이를 타인에게 양도하더

라도 원소유자는 아무런 회복의 권리를 갖지 아니한다. 그렇다면 본건에서 황두성이 황용성의 소유지를 모인 판매하였다고 가정하여도, 횡령행위와 판매행위와의 사이에 5년의 연월을 경과하였는지의 여부는 출소기한규칙의 적용상 중대한 관계를 갖는다. 따라서 원판결은 먼저 이 점에 관하여 사실의 판단을 하고, 그런 다음 출소기한의 법칙을 적용하여야 한다. 그런데 원판결은 이 중요한 사실에 대하여 아무런 판단을 하지 아니하고, 바로 도매자불한년(盜賣者不限年)의 조항을 적용한 것은 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 호전전택조(戶典田宅條)의 도매자불한년(盜賣者不限年)의 규정은, 토지 그 밖의 물건이 도매(盜賣)에 의하여 타인의 점유에 속하게 되어도, 도품(盜品)인 성질을 상실하지 아니하므로 원소유자가 항상 그 권리를 회복할 수 있다는 취지이다. 그러므로 탈취시로부터 5년 후에 판매하였는지의 여부는 당해 규정의 적용에 아무런 장애가 되지 아니한다. 그렇다면 원판결에서 본건 계쟁지가 소외 황두성이 피상고인 소유인 본건 지소(地所)[1]를 횡령 판매한 사실을 인정한 이상은, 그 회복을 구하는 본소는 불한년(不限年)임은 물론이므로, 그 후의 전매사실에 관하여 그 경과된 연월을 판시하지 아니하여도 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제429조 제1항 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

13 사해행위취소청구에 관한 건
〔대정4년민상제31호 1915년 3월 9일 판결〕

【판결요지】

1) 지소(地所)는 ‘토지’를 의미함.

1. 민법 제424조는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 법률행위를 한 때에는 상대방인 수익자 또는 전득자는 그 정을 안 것이라고 일단 추정할 수 있음을 인정한 것이므로, 수익자 또는 전득자가 선의인 때에는 그 입증책임을 진다(상고이유 제3점).

[참 조] 채권자는 채무자가 그 채권자를 해함을 알면서 한 법률행위의 취소를 법원에 청구할 수 있다. 단, 그 행위에 의하여 이익을 받은 자 또는 전득자가 그 행위 또는 전득 당시 채권자를 해하는 사실을 몰랐을 때에는 그러하지 아니하다.

전항의 규정은 재산권을 목적으로 하지 아니하는 법률행위에는 이를 적용하지 아니한다(민법 제424조).

【제 1 심】 경성지방법원

【제 2 심】 경성복심법원

【상고인】 백사겸

소송대리인 이종하

【피상고인】 김재희

위 당사자 간의 사해행위취소 청구사건에 관하여 1914년 12월 17일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 제기하므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 당사자 쌍방의 사실의 진술은 제1심판결의 적시를 원용하였다. 이에 제1심판결이 적시하는 바에 의하면, 원고대리인의 사실상의 주장은, 백명덕은 당해 토지를 담보로 제공하지 아니하였을 뿐만 아니라, 오히려 무자력의 상태를 가장하여 원고에 대한 채무를 면하려

고 운운이라고 한다. 그런데 가장이란 실제와 표면이 서로 부합하지 아니함을 지칭하는 것이다. 그렇다면 백명덕이 무자력 상태를 가장하였다고 한다면, 그 실제에서는 자력이 있음을 알 수 있다는 것이 된다. 즉, 원고인 피상고인이 소외 백명덕이 실제로 자력이 있다고 주장한 것이라고 할 수밖에 없다. 그런데 원판결은 이 진술을 인용하면서, 본건 폐파소권(廢罷訴權)을 인용한 것은 위법하다.

살피건대, 원판결이 인용한 제1심판결의 사실적시에 원고의 주장으로서 “그 후 백명덕은 당해 토지를 담보로 제공하지 아니하였을 뿐만 아니라, 오히려 무자력 상태를 가장하고 원고에 대한 채무를 면하려고 자신의 숙부인 피고와 공모하여, 상기 토지를 피고에게 같은 해 5월 중에 매도하고”으로 되어 있고, 그 취지인 백명덕이 본소의 토지를 피고에게 매도함으로써 무자력 상태를 가장하고, 이로써 원고에 대한 채무를 면하려고 한 것이지, 소론과 같이 백명덕에게 실제로 자력이 있다고 주장한 취지가 아님은, 원판결문상 실로 명백하므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상고인이 계쟁토지를 취득한 것은 백명덕에 대한 채권의 대물변제로 받은 것임은, 을 각 호증 및 증인 이기형, 한정순 등의 증언에 의하여 명백하다. 왜냐하면, 사해행위란 다른 채권자의 권리를 해함을 알면서 채무자의 소유재산에 관하여 새로운 법률행위를 하고, 권리를 취득하는 것을 지칭하는 것으로, 본건과 같이 자신의 채권의 변제를 받을 방법으로 대물변제로 받은 것은 정당한 자신의 권리행사로서 본건 소송의 목적일 수 없다. 즉, 타인의 채권을 보존시키기 위하여 자신의 권리행사를 양보할 이유가 없음은 물론이므로, 원판결이 이 점에 주의하지 아니한 것은 위법하다.

원판결에 의하면, 원심은 을 제1호증의 기재와 증인 백명덕의 진술에 기하여, 본소의 토지는 백명덕으로부터 상고인이 매수한 것이라 인정하였다. 백명덕으로부터 상고인에 대한 채무의 대물변제로서 교부한 것이라는 사실은 원판결이 부정하였으므로, 본 논지는 원판결이 인정하지 아니한 사실을 전제로 하여 이에 기하여 원판결을 비난 공격하는 것이므로, 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 피항소인도 역시 매매 당시 위 매매로부터 백명덕의 채권자를 해하는 사실을 알았다고 인정할 수밖에 없다고 판시하였다. 그러나 전혀 추측에 불과한 것이라면, 그러한 사실만으로 추측에 의하여 판단한 것이 원래 부당함은 두말할 필요가 없다. 나아가 증인 백명덕의 진술에 의하여 상고인이 피상고인의 백명덕에 대한 채무가 있음을 몰랐다는 것은 한층 명백하므로 반증이 없는 한, 바로 추측판단을 한 것은 현저히 위법한 것이라고 말할 수밖에 없다. 왜냐하면, 사해행위취소청구의 소에서는 입증책임은 피고에게 있다는 학설이 있다고 하나, 원래 이론에 적합하지 아니하고 상고대리인이 종래 수긍할 수 없는 것이다. 나아가 본건의 경우와 같이 피고인 상고인에게는 어느 정도 입증이 있음에도 불구하고, 피상고인 즉 청구자에게는 어떠한 거증도 없고 바로 법원의 추측만으로 그러한 판시를 하는 것은 불법을 면할 수 없다.

살피건대, 민법 제424조는 채무자가 채권자를 해함을 알면서 법률행위를 한 때에는 상대방인 수익자 또는 전득자도 역시 그 정을 안 것이라고 일단 추정할 수 있음을 인정한 것이므로, 수익자 또는 전득자가 선의인 때에는 그 입증책임을 진다. 그리고 원판결은 피상고인의 채무자인 백명덕이 피상고인을 해함을 알면서 본소의 토지를 상고인에게 매도한 것이라고 인정하고, 따라서 상고인도 역시 그 정을 알면서 이를 매수한 것이라고 추인(推認)하였으며, 상고인으로부터 선의라는 입증이 없다고 하여 상고인은 본소 매매를 취소하고 본소의 토지를 백명덕에게 반환하여 같은 사람의 자산을 원상회복시킬 의무가 있다고 판시한 것이라면, 원판결은 상당하므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제429조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

14 파산사건의 항고에 관한 건
〔대정4년민항제3호 1915년 3월 9일 판결〕

【판결요지】

1. 조선민사령 제21조에 의한 소송대리인의 허가는 각 심급마다 이를 받아야 하므로, 그 소송대리인의 허가가 없어 대리의 흠결을 이유로 재판한 때에는, 설령 상급심에서 소송대리인을 허가하더라도 하급심에서의 대리의 흠결을 추후 보완하는 것이 되지 아니한다.

[참 조] 당사자는 변호사가 있더라도 법원의 허가를 얻어 소송능력자를 소송대리인으로 할 수 있다.

법원은 언제라도 전항의 허가를 취소할 수 있다(민사령 제21조).

【원 심】 경성복심법원

【항고인】 등정말차랑(藤井末次郎, 후지이)

대리인 진시본환(辰市本丸, 다쯔이찌) 원전록태랑(原田鹿太郎, 하라다)

위 항고인에 대한 파산사건의 항고에 관하여 1915년 2월 13일 경성복심법원이 한 결정에 대하여 항고인으로부터 항고의 제기가 있어 본원은 아래와 같이 결정한다.

【주 문】

본건 항고를 기각한다.

【이 유】

항고이유는 다음과 같다.

원심은 항고대리인이 조선총독부 변호사규칙 제1조, 같은 제령 제1조에 해당하지 아니하고, 또한 조선민사령 제21조에 의한 허가를 받지 아니한 채 대리인으로서 항고신청을 한 것이므로, 그 신청을 부적법하다고 하여 기각한 것이다. 그러나 항고대리인은 조선민사령 제21조에

의하여 특히 법원에서 항고대리인으로서 소송행위를 하는 것이 허가된 것이므로, 이로써 이미 한 소송행위는 추후보완된 것이다. 따라서 원심에 대하여 한 항고신청은 그 당초부터 적법하고, 그 항고는 결국 적법한 대리인이 한 항고가 되며, 본건 항고는 이유가 있으므로 원심 판정을 파기하고, 나아가 변론재판을 하기 위해 본건을 원심에 환송하여야 한다.

살피건대, 조선민사령 제21조에 의한 소송대리인의 허가는 각 심급마다 이를 받아야 하므로, 설령 소송행위는 소송의 종국에 이르기까지 본인이 이를 추후보완할 수 있다고 하여도, 대리인에 의한 소송행위는 법원이 그 대리인을 허가하지 아니하였으므로 대리의 흠결이 발생하고, 본인도 이를 추완하지 않아, 대리흠결을 이유로 재판한 경우에는, 설령 상급심에서 소송대리인을 허가하더라도 허가의 효력은 심급이 다른 법원에서의 대리의 흠결을 추후보완하는 것이 되지 아니한다. 그리고 본건 소송대리인 원전록태랑(原田鹿太郎, 하라다)이 원심에서 허가를 받지 아니하여 원심은 적법한 대리인이 아닌 자의 신청에 의한 부적법한 항고로서 그 항고를 기각한 것이므로, 당심에서의 대리인의 허가는 원심에서의 대리의 흠결을 추후보완할 수 없다. 따라서 본건 항고는 이유가 없으므로 주문과 같이 결정한다.

고등법원 민사부

15 어음금지급계약이행청구에 관한 건 〔대정4년민상제467호 1915년 3월 12일 판결〕

【판결요지】

1. 지급인이 환어음에 보전(補箋)을 한 경우에 있어서 방식을 준수하지 아니하여 어음법상 인수의 효력이 발생하지 아니한 때에는, 그 지급인은 어음법상의 인수의 의무를 부담하지 아니함은 물론, 당연히 민법상의 무인(無因)의 채무약속으로서 그 의무를 부담하지 아니한다.

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 상전등장(上田藤藏, 우에다)
소송대리인 삼포현장(三浦顯藏, 미우라) 강매삼랑(岡梅三郞, 오까)
【피상고인】 주식회사 한성은행 대전지점 지배인 김승겸
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모토)

위 당사자 간의 어음금지급계약이행 청구사건에 관하여 1914년 9월 19일 대구복심법원이 선고한 판결 중 상고인 패소부분에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중, 피항소인은 항소인에게 금 2,020원에 1914년 2월 1일부터 완제에 이르기까지 년 6푼의 이자를 붙여 지급하라, 소송비용은 제1, 제2심 모두 피항소인의 부담으로 한다는 부분을 파기하고, 이 부분에 관한 사건을 경성복심법원으로 이송한다.

【이 유】

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

계약의 성부(成否)는 당사자의 의사를 존중하여 그 바라는 바에 따라 성부를 판정하여야 한다. 그런데 원심은 갑 제1호증의 환어음에 보전(補箋)을 첨부한 동시 또는 그 이전에 구술 또는 적어도 암묵의 인수를 하였다고 인정함으로써, 피상고인과 상고인 사이에 있어서의 민법상의 채무약속이 성립하였다고 인정하였다. 그 이유로서 단순인수의 경우에 있어서 그 바라는 바의 내용은, 단지 어음금액을 그 만기일에 그 지급장소에서 지급한다고 하는 것에 불과하고, 법률이 이 의사에 기하여 그 법률행위의 효력을 부여함에 있어 어음법이 적용될 때에는 그 채무는 소위 어음상의 채무가 되고, 어음법을 적용하지 못하는 경우에 민법을 적용한다고 하면, 그 채무는 민법상의 채무가 될 수 있다

고 판시하였다. 그러나 그와 같이 논할 때에는 1개의 의사를 2가지로 해석하는 것일 뿐만 아니라, 당사자가 바라지 아니한 법률적 효과를 강제하는 결과가 된다. 이것은 법률행위의 법칙에 위배된 재판이다. 만일 원심은 본 보전으로 민법상의 채무부담을 약속한 것으로 인정하였다면, 이에 대한 상당한 이유를 붙여야 한다. 그런데 이를 붙이지 아니한 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 원판결은 소외 복부희삼랑(服部喜三郎, 핫또리)이 상고인을 지급인으로 하고 피상고인을 수취인으로 하여 발행한 환어음에 관하여, 상고인이 만기일에 제시를 받고 1월 15일까지 지급의 유예를 구함과 동시에, 발행인에 대한 상환청구권의 행사를 동일까지 연기하여 달라는 취지의 보전(補箋)을 한 사실을 인정하고, 또한 상고인은 위 보전을 함과 동시에 또는 그 이전에 구술 또는 암묵의 인수를 받은 것으로 인정하여야 한다고 설시하였다. 그리고 민법은 무인의 채무약속을 금지하지 아니하므로, 인수가 어음법상의 효력을 발생시키지 아니한 경우에는 민법상의 채무로서 효력을 발생시킬 수 있으므로, 구술 또는 암묵의 인수는 민법상의 무인(無因)의 채무약속으로서 지급인인 상고인과 그 당시의 어음소유자인 피상고인과의 사이에 그 효력을 발생시킨다고 하고, 피상고인의 상고인에 대한 본건 어음금액의 지급청구를 정당하다는 취지의 판정을 하였지만, <u>지급인이 환어음에 보전(補箋)을 한 경우에 있어서 그 보전의 문구에 의하면 인수를 한 것을 인정할 수 있지만, 방식을 준수하지 아니하여 어음법상 인수의 효력이 발생하지 아니한 때에는, 그 지급인은 어음법상의 인수의 의무를 부담하지 아니함은 물론, 당연히 민법상의 무인의 채무약속으로서 그 의무를 부담하지 아니한다.</u> 왜냐하면, 민법은 무인의 채무약속을 금지하지 아니함은 당원도 역시 이를 인정하지만, 그 약속이 있으려면 당사자가 특히 민법상 무인의 채무로서 의무를 부담한다는 의사로 약속할 필요가 있으므로, 인수가 어음법상의 효력을 발생시키지 아니하는 경우에 당연히 민법상의 채무로서 그 효력을 발생시킨다고 인정할 수 없다. 따라서 지급인이 한 인수로서 어음법상의 효력을 발생시키지 아니하는 경우에는, 특히 민법상 무인(無因)의 채무로서 그 의무를 부담할 의사로서 약속하지 아니한 이상은, 민법상의 채무로서 의무를 부담하

지 아니함은 당연하다. 그런데 원판결이 상기와 같이 인수가 어음법상의 효력을 발생시키지 아니하는 경우에 당연히 민법상의 채무로서 의무를 진다고 판시함으로써, 피상고인의 상고인에 대한 본건 청구를 시인한 것은 위법하다. 따라서 본건에서는, 원판결이 인정한 상고인의 인수는 상고인이 어음법상의 효력을 발생시키려는 의사로 하였지만, 방식을 준수하지 아니하여 그 효력을 발생시키지 아니한 것인지의 여부, 특히 민법상 무인의 채무약속으로서 그 의무를 부담할 의사로 한 것인지의 여부를 심판함으로써, 피상고인의 상고인에 대한 본건 청구의 당부를 정해야 하므로, 원판결을 파기하고 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 사건을 다른 법원으로 이송함이 상당하다. 이미 이 점에서 상고를 이유 있게 하므로 나머지 상고이유에 대한 설명은 이를 생략한다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

16 토지점유권보존 및 소유권침해배제청구에 관한 건 〔대정4년민상제39호 1915년 3월 16일 판결〕

【판결요지】

1. 구삼림법 제13조에는 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다고 규정하고, 같은 법 제17조는 이에 위배한 경우의 처벌규정을 둠으로써, 같은 법 시행 후에는 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다. 따라서 임의로 국유삼림산야에 분묘를 설치할 수 있었던 종례의 관례는 같은 법 시행 후에는 행해질 수 없는 것이다.

[참 조] 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다(구한국 삼림법 제13조 ‘폐지’).

타인의 소유에 속하는 삼림의 수목을 상해한 자, 삼림을 위해 설치한 표지를 이전하거나 파괴한 자 및 제6조, 제12조 내지 제14조의 규정 또는 제7조의 명령에 위배한 자는, 금옥(禁獄) 또는 1원 이상 200원 이하의 벌금에 처한다(같은 제17조).

【제 1 심】 광주지방법원 정읍지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 조상귀
소송대리인 허헌
【피상고인】 박기철

위 당사자 간의 토지점유권보존 및 소유권침해배제 청구사건에 관하여 1914년 12월 5일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

구한국 융희 2년(1908년) 1월 법률 제1호 삼림법을 제정한 목적은, 구한국내에 있어서의 삼림산야의 소유권자를 명확히 하려는 것임은 같은 법 제1조의 규정에 의하여 명백하다. 그 소유권자확정기한이 1911년 1월 23일임은 같은 법 제19조의 규정에 의하여 명백하고, 본건 계쟁지가 위 기한 내에 사인으로부터 지적보고가 없어 1911년 1월 24일 국유로 귀속하여, 1912년 12월 16일까지 국유로 남아 있다가 다음 17일에 피상고인에게 소유권이전됨은 원심판시와 같다. 그러나 국유기간 내에 있어서 사인이 매설하는 분묘에 관하여는 삼림법 실시 이후 매설된 것이라도, 구한국 정부는 지상권의 성질을 갖는 특종의 권리를 인정하였음은, 융희 4년(1911년) 내규 제34호 임야미간지(未墾地) 국유

민유 구분규정 제2조에 “국유임야미간지 내에 분묘를 설치한 자에 대하여는 묘지로서 점유하는 기간 지상권의 성질을 갖는 특종의 권리를 인정한다”고 되어 있는 것에 의하여 명백하다. 그리고 상고인이 망모(亡母) 유해를 매장한 것은 본건 계쟁지가 국유에 속하고 있는 기간이므로, 상고인은 망모(亡母) 분묘지역에 지상권의 성질을 갖는 일종의 지적(地的) 권리를 갖는다. 따라서 묘지로서 점유하는 기간은 한일합방 후라고 하여도 산지소유권 승계자에 대항할 수 있는 기득권을 갖게 된다. 그러나 원심판결 이유에서, 분묘의 설치는 피항소인이 구 삼림법 제19조의 규정에 기하여 3년 기간 내에 지적보고를 하지 아니하여, 그 산지가 국유로 귀속한 후 즉 피항소인 소유 산유지 내에 입장(入葬)하지 아니하고 국유산지에 입장하였으므로, 종래의 관습에 의하여 항소인은 영원히 이를 존치할 권리를 갖는지의 여부에 관하여 이를 살펴보면, 각인이 공산(公山)으로 칭하는 국유 삼림산야에 임의로 입장하고 분묘를 설치해 온 것은 현저한 사례이지만, 1912년 2월 3일 조선총독부관보로서 공시된 조선총독부의 같은 해 훈령 제4호에 구 삼림법 시행 전 공산으로 칭하는 국유삼림산야에 분묘를 설치한 자는 분묘가 존재하는 한 그 분묘구역을 종래와 같이 사용할 수 있다고 하고, 훈령은 법령이 아니므로 일반인을 구속할 효력은 원래 없다고 하여도, 이 훈령의 취지에 의하면, 구 삼림법 시행 후에 있어서는 종래 각인이 임의로 국유삼림산야에 분묘를 설치하는 것을 묵인해 온 관례를 고치고, 이를 엄금하는 의사임을 추인하기 어렵지 아니하며, 구 삼림법이 시행된 것은 1908년 1월 24일로서 항소인이 그 망모의 분묘를 설치한 것은 그 시행 후에 속하며, 항소인이 이를 설치하는 데 있어 조선총독부의 허가를 얻었다는 주장도 없고, 또한 그 허가를 얻었다는 증거도 없으므로, 항소인은 국유산지를 침범하여 이에 분묘를 설치한 것이고 이를 영원히 존치할 권리는 원래 없다고 하여야 하고, 이상 설명한 것과 같이 항소인은 아무런 권리가 없이 피항소인의 소유토지에 분묘를 설치하였으므로, 피항소인의 소유권에 기한 본소 청구는 지당하다고 하였다. 위 원심 판시이유는 모두에서 서술한 상고인의 기득권을 무시하고 법칙을 부당하게 적용한 것으로, 이 이유에 의한 원심판결은 위법하다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

구한국 정부는 삼림법 시행 이후에 있어서 사인이 국유지 내에 분묘를 설치한 경우에 지상권의 성질을 갖는 특종의 권리를 인정하였음은, 제1점의 논지에 의하여 매우 명백하므로, 민법이 시행된 지금도 상고인이 망모(亡母)를 입장(入葬)한 8평 8합 3작의 지상에 대하여 지상권을 갖는 것으로 인정되고, 묘지로서 점유하는 기간 즉, 지상권이 소멸하기까지 기득권으로서 민법규정에 의하여 사권의 보호를 받는 것은 당연하다. 피상고인이 1912년 2월 17일 국가로부터 본건 지소(地所)의 불하허가를 받아 소유권을 취득하였다고 하여, 1911년 음 3월 4일 매장한 상고인의 분묘에 대하여 굴이(掘移)를 청구할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 그 이유는, 상고인이 가령 국유산지를 침범하여 이에 분묘를 설치하였다고 하여 국가로부터 소유권침해의 배제를 구함은 별개로 하고, 상고인의 모총(母塚)매장 후 소유권을 취득한 피상고인은 매수 후 소유권을 침해된 것이 없고 기왕으로 소급하여 본소의 청구를 하는 것은 매우 부당하다. 그렇다면 원심은 아무런 권리가 없는 청구를 인용한 것은 위법한 판결임을 면할 수 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

조선은 예로부터 각 개인이 임의로 국유삼림산야에 분묘를 설치하여 왔음은 현저한 사례로서, 국가에서도 이를 인허하여 왔음은 제1점의 논지에 의하여 명백하다. 그런데 한일합방 후에 당국이 위 관례는 공익공안을 해치는 것이라고 하여 이러한 관례를 고치고, 또한 묘지를 정리하기 위하여 1912년 6월 중 묘지화장장매장 및 화장규칙을 발포하기에 이르렀다. 그리고 같은 규칙 부칙 제4항에 본령 시행시 현존하는 공동묘지 이외의 분묘는 본령에 의하여 설치한 것으로 본다고 되어 있고, 이것은 기설의 분묘 그 자체를 인정하여 종래와 같이 수호시키는 규정으로, 묘지가 민유인지 국유인지를 구별하지 아니한다. 새삼 환언하면, 위 규칙 부칙 제4항은 민유지 내의 분묘에 대하여만 적용하지만, 국유지 내 분묘에 대하여는 적용하지 아니하는 의미의 편파적 규정이 아니고, 또한 현재 상당한 기관을 구비한 국가는 무연분묘(無緣墳墓) 이외에 일개인의 국유지 내에 기설된 분묘를 그대로 존치하는 것을 보더라도, 국가는 같은 규칙 시행 후에는 특별히 기왕으로 소급

하여 기설의 분묘를 굴이(掘移)시키려는 의사가 없음은 매우 명백하다. 그런데 원심은 1912년 2월 중 조선총독부 훈령 제4호의 말단을 반대해석하여, 위 규칙 및 위 훈령의 발표 전의 매장인 상고인의 분묘에 관하여 조선총독부의 허가를 받은 주장도 없고 또한 그 허가를 받은 증거가 없으므로, 항소인은 국유산지를 침범하여 이에 분묘를 설치한 것이라 판시하였다. 이것은 조선에서의 일반관례를 무시한 위법한 판결이다.

살피건대, 구삼림법 제13조에는 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다고 규정하고, 같은 법 제17조는 이에 위배한 경우의 처벌규정을 둠으로써, 같은 법 시행 후에는 소유자의 허락을 받지 아니하면 삼림산야에 분묘를 설치할 수 없다. 따라서 소론과 같이 임의로 국유삼림산야에 분묘를 설치할 수 있었던 관례는 같은 법 시행 후에는 행해질 수 없는 것임은 당연하므로, 위 규정에 위배하여 분묘를 설치하더라도 아무런 권리를 취득할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 그렇다면 원판결이 상고인은 구 삼림법 시행 후 관의 허가를 받지 아니하고 국유산지 내에 망모의 분묘를 설치한 사실 및 피상고인이 국가로부터 당해 국유산지를 양수한 사실을 인정하고, 상고인은 권리 없이 피상고인의 소유토지에 분묘를 설치한 것이라면, 피상고인의 소유권에 기한 본소 청구는 정당하고, 모총(母塚)을 굴이(掘移)하여야 할 의무가 있다는 취지를 판시한 것은 상당하고 조금도 위법하지 아니하다. 그리고 논지 중 내규를 인용하였지만, 상기 법규에 관한 해석에 아무런 영향을 주지 아니하므로 본상고논지는 모두 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제419조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

17 손해배상청구에 관한 건
〔대정4년민상제41일, 42호 1915년 3월 19일 판결〕

【판결요지】

1. 시효중단의 원인인 승인은 채권자의 권리의 존재를 시인하는 채무자의 의사이므로, 위 표시는 채권자에 대하여 이를 하여야 한다. 종참가(從參加)는 소송당사자의 일방을 보조하기 위하여 참가하는 것에 불과하므로, 고지에 의한 것인지의 여부에 관계없이 그 행위는 위 승인에 해당하지 아니한다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 영석암삼랑(永石岩三郎, 나가이시)
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미)
【피상고인】 고삼승

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1914년 12월 9일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 시효에 관한 당사자의 주장에 관계된 사실상의 쟁점을 유탈하고 이에 관하여 판단을 하지 아니하였다. 왜냐하면 원심에서 상고인이 본건 시효에 관하여 다툰 바는, 상고인 및 관서스레트(關西スレート, 간사이)합자회사 간의 경성복심법원 명치44년민공제149호 손해

배상소송 진행 중 1912년 8월 8일(같은 달 아직 상고인의 청구권이 시효에 걸리지 않았음은 피상고인이 다투지 않는 바이다)에 있어서, 상고인은 소송고지신청서라는 것을 피상고인에게 송달하고, 만일 같은 건 패소하고 상고인이 배상의무가 있다고 판결된 경우에는, 상고인은 피상고인으로부터 그 변상을 받아야 한다는 취지의 최고를 하였으며, 피상고인도 역시 이 최고에 응하여 패소확정의 경우 그 변상을 하려고 상고인에게 청구권을 승인하여 위 소송에 참가하였으므로, 그 승인은 같은 소송판결의 확정시기 즉, 1913년 2월 14일까지 계속되고, 시효는 당해 시기로부터 비로소 기산하여야 한다는 것이다. 당해 주장사실은 갑 제15호증, 갑 제16호증으로 입증되고, 피상고인도 굳이 다투지 아니한다. 이것은 실로 시효중단의 원인인 승인에 관한 사실문제로서, 원심은 먼저 위 소송고지신청서의 내용은 최고의 의사표시라고 인정되는지의 여부, 또한 당해 고지에 응하여 참가한다는 취지의 진술을 함과 동시에 소송행위를 한 것은 명시 또는 묵시의 승인으로 인정되는지의 여부를 결정하여야 한다. 그 판정은 종참가소송 그 자체의 법률상의 성질 여하와는 전혀 별개의 것에 속한다. 그리고 피상고인이 승인의 의사로서 고지참가를 하고 극력 상고인의 승소를 도모한 사실은 다시 입증할 수 있는 것이라면, 원판결은 우선 이 사실상의 쟁점을 판단한 다음, 판결의 소위 종참가의 성질에 이르러야 함에도 원판결이 이를 유탈한 것은 이유불비의 하자가 있음을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결 사실의 적시에 의하면, 시효중단에 관한 상고인의 주장은 “1911년 8월 8일부로 항소인(피상고인)에 대하여 소송의 고지를 한바, 항소인은 위 고지에 의하여 1911년 8월 29일부로 임의로 위 소송에 참가하여 종참가인이 되었다. 이것은 바로 항소인은 소송법에 소위 권리상의 이해관계를 갖는다고, 상언하면 피항소인(상고인)이 위 회사에 대하여 손해배상의 의무가 있다고 확정됨에 있어서는, 항소인은 다시 피항소인에 대하여 배상의 의무가 있음은 인지한 것이고, 따라서 항소인이 주장하는 시효는 완성 전 승인에 의하여 중단되었다”는 것이다. 즉, 관서스레트(關西スレート, 간사이)합자회사 대 상고인 간의 손해배상 청구사건의 소송에 관하여 피상고인이 참가한 종참가행위로서, 상고인에 대한 채무를 승인한 것이라고 주장함은 명백하므

로, 원심은 먼저 종참가행위의 성질을 설시한 다음 “항소인의 종참가행위에 의하여는 시효의 중단원인인 승인이 있다고는 인정하기 어렵다”고 판정한 것은 상당하다. 왜냐하면, 위 판시 중 항소인의 종참가행위는, 상고인으로부터 피상고인에 대하여 소송의 고지를 함으로써 위 고지에 응하여 피상고인이 참가신청을 한 행위(갑 제15호증, 갑 제16호증)를 포함하는 것으로, 이러한 행위는 아직 채무의 승인이라고 인정할 수 없다는 취지이므로, 원심은 상고인의 주장사실에 대하여 판정을 하였음은 두말할 필요가 없다. 또한, 위 종참가행위 이외에 피상고인이 승인의 의사를 표시하였다는 사실은 원심에서 상고인이 주장하지 아니한 바이므로, 쟁점의 판단으로서 상기 판시로 충분하고 그 이외에 판시할 필요가 없다. 원판결은 이유불비가 아니므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 본건 상고인의 주장한 고지참가소송행위로 바로 종참가소송 그 자체와 동일시하지만, 원심에서 피상고인이 다투지 아니한 참가소송이라는 것은 상고인의 고지에 의하여 참가한 소위 고지참가소송으로, 이에 대하여 소송법상 종참가의 규정을 적용한다고 하여도, 그 성질이 전혀 종참가 그 자체와 동일하지 아니하다. 고지참가는 당사자의 일방의 고지에 따라 이에 응하여 소송에 참가하고, 고지인과 피고지인 간은 당해 사건의 확정판결에 구속되는 점에서 서로 다른 것이므로, 고지참가라는 것의 성질이 고지이유에 대한 승인의 의미를 갖는 것이라고 논할 수 없다는 도리는 없다. 그런데 원판결이 고지참가와 종참가의 성질을 전적으로 동일시하고 고지참가가 바로 종참가가 되는 것과 같이 판단한 것은, 당사자의 주장에 부응하지 아니하고 나아가 고지참가의 성질을 오해하여 법규를 부당하게 적용한 것이다.

살피건대, 민사소송법 제61조 제2항의 경우에는, 소송당사자의 일방의 고지에 기하여 참가하는 것으로서, 종참가인이 스스로 참가하는 경우에 비하여 참가에 이른 경로를 달리하지만, 모두 종참가하는 점에 차이가 없다. 즉, 그 성질은 당사자의 일방을 보조하기 위하여 이에 부수하는 것에 불과하고, 그렇다면 원심이 상고인이 주장하는 고지참가의 행위에 대하여 종참가의 성질에서 추론하여, 피상고인이 참가를 한

것으로 채무의 승인이라 인정할 수 없다고 한 것은 부당하지 아니하다. 상고인은 고지에 의하여 참가하는 경우에 고지이유에 대한 승인의 의의도 갖는 것처럼 논하지만, 종참가인은 단지 소송의 승패에 관하여 권리상 이해관계를 가지므로 그 일방을 보조함에 그치고, 위 행위로서 종참가인이 당사자의 일방에 대한 채무의 승인을 한 것으로 할 수 없음은 물론이므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심은 "종참가는 타인 간의 소송에 있어서 그 일방의 승소에 의하여 권리상 이해관계를 갖는 자가 그 일방을 보조하기 위하여 이에 부수하는 것에 그치고, 이로써 시효의 이익을 받는 자가 상대방의 권리를 인정하는 의사표시, 환언하면 상대방에 대하여 채무가 있음을 승인한 것으로 인정할 수 없다(중략). 그렇다면 항소인의 종참가행위에 의하여는 시효의 중단원인인 승인이 있다고는 인정할 수 없으므로, 항소인의 책임은 전술한 바와 같이 1911년 10월 10일에 시효로 소멸하였다"고 판시하여, 상고인의 청구를 각하하였다. 이에 관하여 본다면, 시효의 중단원인인 승인은 의무존재의 자각의 표시, 환언하면 상대방의 권리존재를 인식하는 관념표시로서, 그 의욕을 필요로 하는 법률행위가 아니다. 그리고 종참가는 타인 간의 소송의 결과에 관하여 이해관계를 갖는 것을 이유로 하여, 종참가인 자신의 이익을 위하여 당사자의 일방을 보조하는 소송행위이므로, 종참가인의 심리에 권리·의무존재의 인식이 있음은 물론이고, 특히 본건의 경우와 같이 상고인의 고지에 의하여 참가를 한 피상고인의 행위가 암묵의 승인을 구성한다는 것은 의심할 여지가 없다. 그런데 원판결은 "상대방의 권리를 인정할 의사표시, 환언하면 상대방에 대하여 채무가 있다는 승인"이라 할 수 없다고 하여, 이를 본다면 먼저 승인을 관념의 표시라 하지 아니하고 하나의 의사표시라고 하고, 소송참가의 경우에도 종참가인은 권리·의무의 자각 이상 무엇인가를 구비하지 아니하면 그 행한 참가행위는 승인이 아니라는 견해를 채택하였다. 이것은 상고인이 따를 수 없는 바이고, 원판결은 승인의 법리를 오해하고 시효중단에 관한 법칙을 적용하지 아니한 위법이 있다.

살피건대, <u>시효중단의 원인인 승인은 채권자의 권리의 존재를 시인</u>

하는 채무자의 의사이므로, 위 표시는 채권자에 대하여 이를 하여야 한다. 반대로 종참가(從參加)는 당사자의 일방의 승소에 의하여 권리상 이해관계가 있다고 하여 그 일방을 보조하기 위하여 종참가인이 참가하는 것에 불과하므로, 위 행위로서 종참가인은 당사자의 일방에 대하여 그 권리를 시인한 것이라 말할 수 없다. 또한, 종참가의 성질은 참가에 이른 경로가 고지에 의하는지의 여부에 관계없음은 전항에서 설명하는 것과 같으므로, 상고인의 고지에 의하여 참가를 한 피상고인의 행위는 암묵의 승인을 구성하지 아니한다. 원판결은 승인의 법리를 오해하지 아니하였다. 또한, 시효중단에 관한 법칙을 적용하지 아니한 위법도 없다. 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

18 토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건 〔대정4년민상제78호 내지 제89호 1915년 4월 9일 판결〕

【판결요지】

1. 상소에서 일단 승소판결을 받았지만 환송 후의 판결에서 패소한 때에는, 그 자는 결국 패소자임을 면할 수 없다. 따라서 민사소송법 제72조에 의하여 이에 소송의 총비용을 부담시킨 것은 위법하지 아니하다(추가상고이유 제3점).

【제 1 심】 대구지방법원 의성지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김호선 외 43인
소송대리인 이기찬
【피상고인】 김규복 외 11인

[참 조] 패소한 원고 또는 피고는 소송의 비용을 부담하고, 특히 소송에 의하여 발생한 비용을 상대방에게 변제하여야 한다. 단, 그 비용은 법원의 의견으로 상당한 권리신장 또는 권리방어에 필요하다고 인정한 것에 한한다.
소송 중에 소를 취하하고 청구를 포기 또는 상대방의 청구를 인낙하는 원고 또는 피고는, 패소한 원고 또는 피고와 같다(민사소송법 제72조).

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1914년 12월 22일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 갑 제3호증 및 갑 제4호증의 기재에 의하면, 항소인이 피항소인으로부터 지세(地貰)라 칭하고 소액의 금전을 징수하러 온 흔적을 알 수 있다고 하여도, 그 증서 자체에 의하여 본건의 토지를 피항소인 등에게 임대하고 그 차임으로 징수한 것으로 인정하기에는 부족하다고 설명하고, 피항소인에 대하여 본건의 토지가 항소인의 소유임을 입증하기 위하여 제출한 갑 제3호증 및 갑 제4호증을 배척하였다. 그러나 당해 각 호증의 기재에 의하여 항소인이 피항소인으로부터 본건 토지의 지세(地貰)를 징수하여 온 사실을 인정할 수 있는 이상은, 본건의 토지는 항소인의 소유라고 추정하여야 함에도 불구하고, 만연히 지세는 차임이 아니라고 설명하고 항소인의 주장을 배척한 것은 위법하다.

또한, 추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

갑 제3호 및 갑 제4호증은 그 성립에 관하여 다툼이 없는 것으로, 피상고인 등도 본건의 토지에 관하여 같은 3호증 및 4호증 기재와 같

은 일정한 금액을 상고인에게 납입하여 온 사실도 그 다툼이 없는 바이다. 그리고 그 항변으로 하는 것은, 단지 본건의 토지에 관하여 징수한 금원이 상고인 선대의 제사료로서 토지의 차임이 아니라는 것이고, 이 점은 제1심판결의 사실적시에 피상고인 등은 모두 계쟁의 토지는 자신들의 소유임에도 불구하고 상고인 등은 그 선조 즉 의정부대신의 모(母)의 분묘가 행촌동 곡내산에 있다고 속여 계쟁토지가 국과(國果)에 급제(急除)되었다고 칭하고, 동결(同結)의 세(貰)로서 동민(洞民)으로부터 금전을 징수하여 온 관례가 예로부터 존재한다는 취지의 진술기재에 비추어 명백하다. 그렇다면 상고인이 계쟁의 토지에 대하여 피상고인 등으로부터 금전을 징수한 것은 제사료로서 징수한 것인지, 아니면 토지의 사용대가 즉 차임으로서 징수한 것인지는 본건에서의 중요한 쟁점이 된다. 그리고 갑 제3호증 및 갑 제4호증은, 상고인이 차임징수의 사실을 입증하기 위하여 제출한 것으로, 같은 각 증거에 의하면 피상고인 등은 전례(前例)에 의하여 지세(地貰)로서 계쟁의 토지에 관하여 일정한 금액을 상고인 김가의 문중에 지급함을 약정한 취지의 기재가 있어서 상고인의 주장사실을 증명함에 부족함이 없다고 하여야 한다. 조선에서 토지의 차임을 지세(地貰)라 칭함은 현저한 사실로서, 지세란 것은 지주와 차지인과의 협정에 의하여야 하는 것이므로, 그 금액의 다과 등은 당사자의 협정에 일임하여야 하고 원래 일정한 표준이 있는 것은 아니다. 특히 조선에서의 위토(位土)라는 것은 그 지세(地貰)로 제사의 비용을 충당함을 목적으로 함으로써, 그 차임이 저렴함은 조금도 의심할 여지가 없을 뿐만 아니라, 심지어는 묘촌(墓村)의 백성에 대하여 무료로 경작시키는 것을 보통으로 한다. 본건의 지세도 다른 토지에 비하여 그 저렴함은 물론이지만, 본건의 토지가 상고인가의 위토인 이상은 그 지세의 저렴함만을 이유로 하여 토지사용의 대가인 차임이 아니라고 할 수 없다. 그런데 원심은 갑 제3, 4호증에 기재된 지세라는 것은 그 증서 자체에 의하여 토지를 임대하고 그 차임으로 징수한 것이라 인정할 수 없다고 설명함으로써, 상고인의 주장사실을 배척하였다. 그러나 일정한 토지를 경작하더라도 일정한 사람에 대하여 그 토지와의 관계에서 매년 일정한 금액을 지급하는 일이 있다고 한다면, 그 지급하는 금액은 우선 토지의 차임이라고 추

정할 수밖에 없고, 특히 그 금원을 지세로 칭하는 이상은 새삼 의심할 여지가 없다. 원판결은 과연 어떠한 견해로 지세는 차임이 아니라고 단정하였는지 실로 이해하기 힘들다. 피상고인 주장과 같이 제사료라고 인정하였는지 또는 다른 관계에서 지급한 금원이라고 인정하였는지, 이 점에 관하여는 아무런 설명도 하지 아니하고, 단지 만연히 증서 자체에 의하여 차임으로 인정할 수 없다고 설명한다. 이것은 분명히 채증법칙에 위반하여 사실을 인정한 위법이 있다.

살피건대, 지세란 문자는 반드시 이것을 토지의 사용료라고 해석하여야 하는 것은 아니고, 또한 지세를 수수한 자는 반드시 그 토지의 소유자라고 추정된다는 이유가 없으므로, 원심이 증거에 의하여 계쟁지는 피상고인 등의 소유라고 인정하면서, "갑 제3호증 및 갑 제4호증의 기재에 의하면 항소인(상고인)이 피항소인(피상고인)으로부터 지세로 칭하고 소액의 금전을 징수하여 온 흔적을 알 수 있다고 하여도, 그 증서 자체에 의하여 본건의 토지를 피항소인 등에게 임대하고 그 차임으로 징수한 것으로 인정할 수 없다"고 판시하여 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고, 본 논지는 원심의 직권에 속하는 사실의 인정 및 증거의 판단을 비난함에 불과하므로, 상고 적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 갑 제3, 4호증을 제외한 그 밖의 갑 호 각증은 하나도 신빙할 수 없다고 설명하고, 상고인으로부터 소유권을 입증하기 위해 제출된 각 갑 호증을 일괄하여 이를 배척하였다. 그러나 갑 제2호증, 갑 제11호증과 같이 모두 관청 또는 공리(公吏)가 날인한 증서이고, 당사자 간에 성립에 관하여 다툼이 없는 것이다. 그러한 증서에 대하여 원심은 왜 신빙할 수 없는지, 특히 갑 제2호증과 같은 것은 관에서 상고인가 즉 사촌(沙村) 김씨 문중의 위토를 타량(打量)하고 관인을 압날한 서면으로 하여, 같은 호증에 기재된 토지가 본건의 계쟁지에 해당한다는 것은 의성군수 권병선의 증언에 의하여 명백한 바이다. 증거의 취사판단은 사실심의 전권에 속한다고 하여도, 그와 같이 그 성립에 다툼이 없고 또한 그 내용의 기재가 관청의 작성에 의한 증서에 대하여는, 아무런 이유를 붙이지 아니하고 만연히 신빙할 수 없다고 하여 이를 배척

할 수 없다. 따라서 원판결은 이 점에서도 위법하다.

살피건대, 상고인이 원심에서 제출한 갑 제2호증과 같은 제11호증은 모두 관청 또는 공리(公吏)가 날인한 증서라고 하여도, 그 내용을 규명하여 이를 채용할 것인지의 여부는 오로지 원심의 직권에 속하므로, 이를 비난하는 본 논지는 원심의 전권인 증거의 취사선택을 비난하는 것에 불과하므로, 상고적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

소송비용은 패소자가 부담하여야 함은 민사소송법의 원칙이다. 그런데 원심은 상고인이 앞서 상고를 하여 승소를 하였음에도 불구하고, 그 상고비용도 상고인에게 부담할 것을 명하였다. 이것 역시 법칙을 부당하게 적용한 것으로 사료한다.

살피건대, 상소에서 일단 승소판결을 받았지만 환송 후의 판결에서 패소한 때에는, 그 원판결을 받은 자는 결국 패소자임을 면할 수 없다. 그러므로 민사소송법 제72조에 의하여 이에 소송의 총비용을 부담시킨 것은 위법하지 아니하다. 따라서 원심이 본건에 관한 전상고에서 승소의 판결을 받았지만 환송 후 패소판결을 받은 상고인에게 본건의 총비용을 부담시킨 것은 위법하지 아니하므로, 본 논지도 역시 그 이유가 없다.

위 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

19 손해배상청구에 관한 건
〔대정4년민상제자9지14호 1915년 4월 13일 판결〕

【판결요지】

1. 채권은 채권자 대 채무자 사이의 상대적 관계로서 제3자는 이에 관하여 아무런 의무를 부담하지 아니한다고 하여도, 그 채권자의 이익

의 향수를 침해하여서는 아니 된다. 따라서 제3자가 불법하게 이를 침해하였을 때에는, 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다.

1. 채권자가 채무자 소유의 부동산에 대하여 강제집행을 개시함에 있어, 제3자가 당해 부동산에 관하여 소유권이 있다고 사칭하여 이의의 소를 제기하고, 그 집행을 지연시킴으로서 채권자에게 손해를 발생시켰을 때에는, 불법행위에 의하여 타인의 권리를 침해한 것이므로, 그 손해를 배상할 책임이 있다.

【제 1 심】 부산지방법원 밀양지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김은용
소송대리인 장도
【피상고인】 박영하 외 5인
소송대리인 박성환

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1914년 10월 14일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결은 기일변경신청 및 궐석판결에 관한 소송비용의 부담을 명한 부분을 제외한 나머지를 파기하고, 사건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결 이유 중 채권은 특정한 사람으로 하여금 특정한 행위를 하게 하는 권리이고, 따라서 폐파소권(廢罷訴權)에 관한 것과 같이 특종의 규정이 없는 한, 특정한 사람 즉 채무자 이외의 자는 아무런 의무를 부담하지 아니한다. 만일 물권 그 밖의 절대권과 같이 일반인으로

하여금 그 권리를 존중하여야 하는 의무를 부담시키는 것은, 채권인 임차권과 물권인 지상권 및 영소작권을 구별할 수 없게 하고, 또한 일반인이 어떤 채권자의 이익을 해치는 행위를 한 때에는 불법행위로서 그 책임을 부담하기에 이르며, 그 책임은 채권의 직접 관계자인 채무자가 그 채권자의 이익을 해쳤을 때 즉 채무불이행인 경우에 있어서의 채무자의 책임에 비하여, 한층 과중한 결과를 초래하므로, 그러한 견해는 정당한 해석이라고 말할 수 없다. 이미 채권은 채무자 이외의 자에 대하여 아무런 권리・의무를 발생시키지 아니하므로, 제3자가 채권을 침해할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 이것은 오로지 민법의 해석만이 아니라 조선 종래의 관습에서도 역시 그러하다. 다시 본건 피항소인 청구의 당부를 살펴보면, 피항소인은 소외 박해철에 대한 금전채권 때문에 같은 사람의 부동산에 대하여 강제집행을 개시한바, 항소인 등이 당해 부동산에 관하여 소유권을 갖는다는 취지를 사칭하고, 고의로 집행이의소송을 제기하여 그 집행을 지연시킴으로써 피항소인에게 손해를 끼쳤다는 취지의 주장을 하지만, 전단 설명과 같이 피항소인이 소외 박회철에 대한 채권은 항소인 등에 대하여 아무런 의무를 부담시키는 것이 아니므로, 항소인 등이 피항소인의 채권실행의 수단인 강제집행에 대하여 이의의 소송을 제기함으로써 그 집행을 지연시켰다고 하여도, 이것은 단지 피항소인의 이익을 해치는 데 그치고 그 채권을 침해한 것이라 말할 수 없다. 따라서 이에 의하여 피항소인이 손해를 입었다고 하여도 항소인 등에 대하여 그 배상을 청구할 권리는 없다고 판정하였다. 그러나 절대권 또는 대세권이라 하여 이러한 권리가 항상 독립하여 존재하는 것처럼 전제하여, 불법행위는 절대권의 침해행위라고 단정하는 것과 같은 것은, 이미 오류가 있는 견해이다. 원래 권리의 본체인 법률상의 힘은 이를 2개의 방면에서 관찰하여야 하고, 즉 제1은 대외적 방면으로 일반인에 대하여 부작위 즉 법익의 향수를 침해하지 않는 힘이며, 이것을 대세권이라 말할 수 있다. 제2로는 내적 방면으로 특정인에 대하여 특정한 작위 또는 부작위를 요구할 수 있는 힘이고, 이를 내용적 힘이라 칭할 수 있다. 권리로서는 일반적으로 제1의 힘을 가져야 한다. 그리고 제2의 힘이 있는 경우에는 반드시 제1의 힘을 갖는 것이라고 말하여야 한다. 왜냐하면 권리로

서 설령 특정인에 대하여 특정한 행위를 요구할 힘을 가진다고 하여도, 일반인이 자유롭게 이를 침해할 수 있게 되면, 환언하여 권리의 내용으로서 요구할 수 있는 작위 또는 부작위를 불능 또는 불완전하게 하거나 이를 제거하여 그 권리의 충실을 해할 수 있게 되면, 이익을 주장할 수 있는 방법으로서 존재하는 권리는, 결국 그 존재의 본의가 몰각된 것이 된다. 따라서 권리는 일반적으로 대세적 힘을 구유(具有)하고, 일반인은 이것을 침해해서는 아니 된다는 소극적 의무를 부담하며, 이 의무에 위반하여 고의 또는 과실에 의하여 권리를 침해한 때에는, 불법행위를 구성한다고 하여야 한다. 소위 대인권이거나 대세권이거나에 의하여 권리의 이러한 대세적 힘에 변경이 있을 이유가 없고, 권리는 일반적으로 대세적 힘을 구유한다는 것은 오늘날 최신이고 또한 일반적으로 학자가 주장하는 설(說)이며, 이에 더하여 민법 제709조는 고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리를 침해한 자는 이에 의하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정한다. 굳이 권리의 종류를 한정하지 아니하고, 또한 같은 법 제710조에는 타인의 신체자유 또는 명예를 해친 경우와 재산권을 해친 경우를 묻지 아니한다고 규정한다. 재산권의 성질에 관하여는 원래 수많은 학설이 있지만, 재산권을 금전으로 평가할 수 있는 목적을 갖는 권리라고 해석하고, 채권 중 금전으로 가치판단할 수 없는 것을 목적으로 하는 채권은 재산권 중에서 이를 제외함을 정당하다고 하지만, 채권의 다수가 재산권임은 명백하므로 불법행위는 절대적 즉 대세권의 침해라고 말하는 것은, 더더욱 오류가 있는 견해이다. 또한, 조선의 관습에서도 전술한 법리에 반하는 관습을 인정하는 것은 원래부터 없었다. 그런데 원심은 본건에 관하여, 피상고인 등이 상고인이 갖는 채권에 관하여 일반적으로 이를 침해해서는 아니 된다는 소극적 의무를 부담하였음에도 불구하고, 피상고인 등은 고의로서 상고인의 권리를 침해하였음을 인정하면서도 상고인의 청구를 배척한 것은, 불법행위에 관한 법리해석을 그르치고 또한 조선의 관습에 위배된 불법한 판결이다.

살피건대, 채권은 채권자 대 채무자 간의 상대적 관계로서 제3자는 이에 관하여 아무런 의무를 부담하지 아니한다고 하여도, 그 채권자의 이익의 향수를 침해하여서는 아니됨은 당연한 이치이므로, 제3자가 불

법하게 이를 침해함으로써 채권자에게 손해가 발생한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 그리고 민법 제709조는 이러한 구제권도 당연히 포함하여 규정하였다고 해석하는 것이 상당한가에 관하여, 채권자가 채권실행을 위하여 채무자 소유의 부동산에 대하여 강제집행을 개시함에 있어, 제3자가 당해 부동산에 관하여 소유권이 있다고 사칭하여 고의로 이의의 소를 제기하고, 그 집행을 지연시킴으로서 채권자에게 손해를 발생시킨 사실이 있는 때에는, 불법행위에 의하여 타인의 권리를 침해한 것이므로, 그 손해를 배상할 책임이 있고, 조선 종래의 관습에서도 이에 반하는 법칙이 행하여지지 아니하였다. 그런데 원판결은 채권은 특정인으로 하여금 특정한 행위를 하게 하려는 권리로서, 특종의 규정이 없는 한 특정인 이외의 자는 아무런 의무를 부담하지 아니하여, 제3자는 권리를 침해할 수 없으므로, 상고인으로부터 소외 박해철에 대한 채권실행의 수단인 강제집행에 대하여 제3자인 피상고인 등이 이의소송을 제기하여 그 집행을 지연시켜도, 이것은 단지 상고인의 이익을 해치는 데 그치고 그 채권을 침해하는 것이라고 말할 수 없다는 취지를 판시하여, 상고인의 손해배상청구를 배척한 것은 손해배상에 관한 법칙의 적용을 그르친 위법한 판결로서, 상고논지는 그 이유가 있으므로 원판결을 파기하고, 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위해 사건을 원심에 환송함이 상당하다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

20 토지소유권이전증명절차이행 및 인도청구에 관한 건 〔대정4년민상제28호 1915년 4월 20일 판결〕

【판결요지】

1. 계약의 해제와 계약의 이행은 전혀 상반된 행위로서 양자(兩者)

가 병존할 수 없다. 따라서 해제의 의사를 표시한 이상은, 계약의 이행인 대금의 수령을 거절할 의사도 표시한 것으로 인정한 것은 불법하지 아니하다(상고이유 제2점).

1. 이행의 제공이 있다고 인정할 수 있는 경우에는 채무의 본지에 따라 현실로 이를 한 경우는 물론, 채권자가 미리 그 수령을 거부한 때 채무자가 변제의 준비를 한 것을 통지하여 그 수령을 최고한 경우에도 이행의 제공이 있다고 보아야 한다(추가상고이유 제1점).

1. 매매계약체결 당시 매매의 목적물이 제3자의 소유에 속한 것을 모르고 매도인이 자신의 소유라고 믿고 이를 매각한 경우에도, 당초부터 제3자 소유의 물건으로 매매의 목적으로 한 경우와 동일하게, 매도인은 제3자로부터 그 권리를 취득하여 이를 매수인에게 이전할 의무를 부담한다(추가상고이유 제4점).

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 윤경중
소송대리인 조창외무철(朝倉外茂鐵, 아사쿠라)
동 최진
【피상고인】 광강정행(光岡正行, 미쯔오까)

위 당사자 간의 토지소유권이전증명절차이행 및 인도 청구사건에 관하여 1914년 10월 30일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

상고인은 상고인 및 피상고인 간에 갑 제1호증과 같이 매매계약이 성립하였음을 제1심 이래 시인하는 바이지만, 당해 계약은 여러 이유에 의하여 상고인이 피상고인에 대하여 이미 해제를 하였음을 이유로 하여, 피상고인(피항소인)이 본소의 소권이 없음을 항변하였음은 원판시에 의하여 명확하다. 그리고 본건과 같이 계약은 공익에 관계되는 것이 아니므로, 당사자 간에서 특약이 없는 한, 자유롭게 언제라도 해약을 할 수 있음은 계약의 성질에 의하여 의문이 없다. 특히, 갑 제1호증인 본건 매매계약서 중 “위 지소(地所)에 대하여 졸자(拙者)로부터 위약이 있을 때에는 상당한 손해배상을 귀하의 청구에 의하여 한다”라고 한 것에 비추어 보면, 그 문구의 표리(表裏)에 따른 해석상 계약해제권이 상고인에게 유보된 것임이 분명한 대신, 위약에 의한 피상고인이 장래 입게 되는 손해만을 배상하여야 하는 의무가 존재할 뿐이고, 언제라도 상고인은 위약 즉 해약을 할 수 있는 권능이 있음은 실로 명료하다. 단, 상고인이 한 계약해제는 적법하고 또한 유효한지를 논함에 있어, 원심에서 상고인(항소인)이 본건 매매계약을 체결한 동기는, 당시 상고인이 현금 1,500원의 조달이 필요하였던 것이고, 이에 따라 본건 계쟁토지대금의 계약금으로서 1,500원 선불을 매매계약 성립의 전제조건으로 하고, 잔금은 토지조사 후 구문권(文劵)과 상환으로 수수하기로 약속하였다. 그 후 피상고인은 위 1,500원을 지급하지 아니함에도, 상고인은 스스로 매도인의 의무이행으로서 계쟁토지 중 일부에 관하여 매매에 의한 소유권이전증명절차를 이행하였지만, 아직도 피상고인은 대금지급의 의무를 이행하지 아니하여 전혀 매수의 의사가 없음을 인정하고, 4, 5회 대금지급의 독촉을 한 후 부득이하게 위 매매계약을 해제하였다(을 제2호증 및 각 증인신문조서 참조)는 항변에 대하여 원판결을 본다면, “대금 중 1,500원은 토지증명 및 인도이전에 게다가 계약일에 지급을 한다고 하는 중요한 사항에 관하여 아무런 기재가 없고”라고 하여, 그러한 특약 없이 보통 쌍무계약에 의한 민법 제555조의 법의에 따라 위 상고인의 항변을 배척하면서 계약해제통지의 효력을 인정하지 아니하였다. 그러나 상기와 같이 계약이 성립함과 동시에 대금의 계약금으로 1,500원 수수의 약속이 없다고 가정하더라도, 제1심 이래 상고인의 항변 및 각 증거를 종합적으로 참작할

때에는, 상고인이 당시 금원의 필요가 급박하였던 것은 새삼 의심할 여지가 없는 현저한 사실이다. 대개 물화(物貨)교역을 함에 있어 여러 사정이 있다고 하여도, 요컨대 금전융통을 목적으로 하는 것이 가장 다수를 차지한다. 특히 오늘날 조선인 간의 금융이 핍박(逼迫)으로 비참한 경제 상태에 있기 때문이다. 그런데 피상고인은 매매계약 체결 이래(1910년 11월 12일) 상고인에게 일부 의무이행을 하고, 또한 그 후 여러 번 경제 상태에 변화가 왔음에도 불구하고, 아직도 대금지급의 의무를 이행하지 아니한 것에 비추어 보면, 전혀 매수할 의사가 없다고 인정할 수 있으므로, 상고인은 매도의 목적을 달성할 수 없음을 취지로 하여 해약을 한 것은, 실로 매도인인 상고인의 권능에 속하는 행위이므로 법률상 유효함은 물론이다. 그런데 원심은 상고인이 피상고인에 대하여 해약하였음을 인정하면서, 단지 1,500원을 계약 성립과 동시에 수수하는 계약이 없다는 이유로, 해약의 효과를 무시하였다. 그러나 원래 계약해제란 물권계약 또는 채권계약이 그 효과로서 당연히 원상으로 회복함을 목적으로 하는 것이고, 어떻게 하면 유효하게 해제할 수 있는지 여부의 그 기인(基因)인 이유는 굳이 물을 필요가 없다. 그렇다면 (1) 위 일반거래실정에 기한 조선 종래의 관습에 의하여 아무런 최고 없이 바로 해제할 수 있으므로, 을 제2호증에 의하여 당연히 당해 계약은 해제된 것이고, (2) 그러한 관습이 없다고 가정하여도, 본 계약체결 후 상고인은 당해 계쟁토지 중 일부에 관하여 매매에 의한 소유권이전증명절차를 이행하였음에도 불구하고, 피상고인은 아직 대금지급의 의무를 이행하지 않은 것은 원판결에서 인정하는 바이고, 원래 본건 계약은 그 성질상 또는 당사자의 의사표시에 의하여 일정한 일시 또는 일정한 기간 내에 이행을 하지 아니하면, 계약을 한 목적을 달성할 수 없으므로 민법 제542조에 의하여 최고를 하지 아니하고 바로 해제할 수 있고, (3) 백보 양보하여 그러한 (1), (2)의 이유가 없다고 하여도, 이미 1911년 1월 중에 수회 이행을 독촉한 것은 증인 윤경일 신문조서에 의하여 명백하므로, 그에 의하여 한 해제의 통지는 한 점의 의문도 없이 유효라고 인정하여야 한다. 이상의 이유에 의하여 유효하게 본건 매매계약이 해제된 이상은, 같은 계약에 나타나듯이 상고인의 위약에 의한 손해배상의 청구는 별개로 하고, 본건과

같이 이미 무효가 된 계약을 기인(基因)으로 하는 계약이행의 청구는 이를 배척하여야 함에도, 원심에서 위 상고인이 한 계약해제에 관하여 명백하게 판단을 하지 아니하고, 만연히 피상고인에게 본 청구권이 있다는 사실을 확정하여 상고인에게 패소를 선고한 것은, 이유불비 또한 법률에 위배한 불법한 판결이다.

살피건대, 상고인은 원심에서, 제1. 매매대금 중 1,500원은 계약의 성립과 동시에 상고인은 피상고인으로부터 그 지급을 받고, 위 1,500원을 즉시로 지급하지 아니할 때에는 매매계약은 당연히 해제된다는 특약을 하였음에도, 피상고인은 그 지급을 하지 아니하므로 당해 계약은 해제되었고, 제2. 당연 해제되지 않는다 하여도, 피상고인은 계약의 성립과 동시에 계약금 1,500원을 지급하지 아니하면 최고를 하지 않고 바로 해제를 할 수 있다는 특약을 하였고, 이에 더해 기일에 이행을 하지 아니할 때에는 해제가 가능함은 조선 종래의 관습이므로 상고인은 해제의 통지를 하였으며, 제3, 위 특약관습이 없다고 하여도 상고인은 1,500원에 관하여 수회 이행의 최고를 한 다음 해제의 통지를 하였다는 항변을 제출하였다. 이에 대하여 원심은, 당사자 쌍방의 증거를 대조·고찰한 후, "계쟁매매계약에 관하여 피항소인(피상고인)이 본 계약과 동시에 대금 중 1,500원의 지급을 한다는 의사표시를 한 것으로 인정할 수 없음은 위 설명과 같고, 상소인(상고인)의 제1 내지 제3 항변의 이유가 없음은 물론"이라고 설시하였다. 이를 본다면, 원심은 상고인이 항변할 계약해제의 점에 대하여 판단을 유탈한 것이 아니다. 그리고 매매계약 성립과 동시에 대금의 지급을 하여야 하고, 이를 하지 아니한 때에는 최고 없이 바로 해제할 수 있는 특약이 있는지 여부, 갑 제1호증에 의하여 상고인이 언제라도 해제를 할 권능을 갖는다고 인정하는지의 여부, 증인의 증언을 신용할 수 있는지의 여부는 원심의 직권에 속하는 사실인정 및 증거판단의 범위에 속하므로, 원심이 갑 제1호증에 대하여 상고인의 소론과 동일한 판단을 하지 아니하고, 또한 상고인에게 이익이 되는 증언을 신용하지 아니하며, 원심이 상고인의 주장과 같이 특약의 존재를 인정하지 아니한 것을 비난하는 논지는 이유가 없다. 그 밖의 논지는 본원에서 인용하지 않는 관습을 말하고, 또는 상고인 스스로 원심에서 주장하지 아니한 사실을

근거로 하여 적법하게 내려진 원심의 사실인정을 비난하는 것이므로, 상고 적법의 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

피상고인은 본건 청구의 전제인 이행의 제공으로 계쟁토지대금을 계약해제 후(1913년 5월 28일)인 1913년 7월 14일 주식회사 한호농공은행 강경지점에 공탁한 것 및 같은 공탁지가 본건 토지대금의 지급장소인 계약의 목적물 소재지(전라북도)가 아닌 것에 관하여 당사자간에 다툼이 없음은, 원판결 적시에 의하여 명백하다. 그런데 원판결에 상기 공탁지가 대금지급지가 아니지만, 민법 제490조에 위반되지 않는 적법한 제공이라는 판단을 한 것에 관하여, 오로지 을 제2호증인 1913년 5월 28일에 상고인이 피상고인에 대하여 한 계약해제의 통지서를 인용하여, 즉 본 계약은 아직 해제되지 아니하고, 오히려 상고인이 미리 대금수령을 거절할 의사를 표명하였다는 반대해석에 의하여, 민법 제493조를 적용한 것이 유일한 근거이다. 그러므로 결국 원판결은 을 제2호증인 해제통지서의 반대해석에 의하여 채무이행지가 아닌 타지에서 한 공탁행위를 적법하다고 판단한 것이다. 을 제2호증은 상고인의 의사발현이므로 이것을 어떻게 해석하고 이것에 어떠한 법률상의 효과를 부여하는가 말하는 것은, 사실인정의 문제가 아닌 법률판단, 법률적용의 문제에 속한다. 그리고 을 제2호증의 문구는 대금지급이 없음으로 인하여 매도의 목적을 달성할 수 없음을 기인(基因)으로 하는 그 해제의 통지라면, 어떠한 해석법에 의하여도 단연코 대금수령을 거절하는 의사표시라고 해석할 수 없다. 더 나아가 상고인이 상기와 같이 매도인의 의무로서 일부이행을 하였음에도, 오히려 피상고인이 스스로 대금을 지급하지 아니함은 원판결 소재의 각 증거, 특히 석정헌(石井獻, 이시이), 송미원치(松尾元治, 마쓰오)의 증언에 의하여 명료하다. 이에 더하여 피상고인은 민법 제94조에 의하여 채권자가 변제의 수령을 거부함으로 인하여, 변제의 목적물을 공탁하여 자신의 채무를 면하려고 한 의사의 표시임은, 갑 제7호증의 하나인 공탁증서에 의하여 명백한데, 바로 이로써 민법 제493조를 적용하여 이행의 준비로서 수령을 최고한 것이라고 추단할 수 없다. 따라서 채무이행지의 공탁소에 공탁을 하지 아니하면 법률상 무효가 됨은, 민법 제495조의 법

문해석상 명백하다. 요컨대, 피상고인이 한 공탁행위는 이를 적법하다고 논단할 수 없고, 따라서 상고인이 이에 대한 본건 채무이행을 거절한다는 항변은 정당하다고 인정하여, 피상고인의 청구를 각하하여야 함에도, 원판결은 증거문서의 해석을 그르치고 사실을 부당하게 인정함으로써 민법 제195조, 제495조를 적용하지 아니하고, 같은 제493조를 부당하게 적용하여 법률에 위배된 사실을 확정한 위법한 판결이다.

살피건대, 상고인은 원심에서 제5, 매매계약은 여전히 그 효력을 가지지만, 피항소인(피상고인)은 본건 청구를 함에 있어서 미리 상당한 기간을 정한 최고를 하지 아니하고, 또한 대금의 제공을 하지 아니하였으며, 게다가 대금지급의 장소 소재지의 공탁소에 공탁을 하지 아니하였으므로, 항소인은 바로 자신의 이행을 하여야 할 의무가 없다는 항변을 제출하였다. 이에 대하여 원심은 “계쟁매매계약에서 매도인인 항소인(상고인)의 채무이행에 관하여 특히 기한을 정하지 아니하였으므로, 언제라도 그 청구를 할 수 있어, 계약해제 등의 경우와 달리 미리 이행의 최고가 필요하다고 볼 이유가 없고, 또한 계쟁매매에 관하여 항소인이 1913년 5월 28일 계약해제의 통지를 한 것은 항소인이 자인하는 바이고, 따라서 항소인은 그 후 피항소인이 이행하여야 하는 대금의 수령을 거절할 의사를 표명한 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 피항소인이 하여야 하는 대금지급의 제공은, 민법 제493조의 규정에 따라 이행의 준비를 하였음을 통지하고 그 수령을 최고함으로써 충분하다. 성립에 다툼이 없는 갑 제7호증인 공탁서 및 항소인의 회답서에 의하면, 피항소인은 1913년 7월 14일 계쟁매매의 대금으로서 금 3,300원을 주식회사 한호농공은행 강경지점에 공탁하고 그 수령의 최고를 한 것이 명백한데, 그 공탁이란 대금의 지급지인 계약이행지의 공탁소에 공탁한 것이 아니어도, 이행의 준비로서 조금도 문제가 되지 아니하고, 또한 그 공탁의 사실을 통지하여 대금수령의 최고를 한 이상은, 피항소인은 계쟁매매의 대금지급에 관하여 적법한 제공을 한 것이라고 논단하여야 한다”고 판시하였다. 원심은 피상고인이 매매대금을 한호농공은행 강경지점에 공탁한 행위로서 민법 제495조에 의한 공탁행위로서 적법하다고 판단한 것이 아니라, 같은 제493조에 의한 변제의 제공으로서 적법하다고 판단한 것임은 명백하다. 그렇다면 이 점에 관

한 논지는 이유가 없다. 그리고 갑 제7호증의 1인 공탁증서에 의하여 변제의 준비를 하였음을 증명할 수 있음은 물론이므로, 원심이 이를 자료로 하여 변제의 준비를 한 것으로 인정한 것은 부당하지 아니하므로, “원심이 증서의 해석을 그르치고 사실을 부당하게 인정한 것이다”라는 논지는 이유가 없다. 또한, 원심은 계약해제의 통지를 하였다는 상고인의 자인에 기하여 대금의 수령을 거절할 의사를 표시하였다고 인정한 것으로, 계약의 해제와 계약의 이행은 전혀 상반된 행위로서 양자(兩者)가 병존할 수 없다. 그렇다면 해제의 의사를 표시한 이상, 계약의 이행인 대금의 수령을 거절할 의사도 표시한 것으로 인정한 것은 부당하지 아니하므로, 이 점에 관한 논지도 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

계약 당시에는 본건 계쟁지의 일부가 상고인과 제3자와의 사이에서 소송계속 중이었고, 그 후 같은 토지가 당해 소송의 결과 제3자의 소유로 확정되어 실제로 상고인(항소인)이 점유할 수 없으므로, 본 계약이 이행불능인 상태에 빠졌다는 취지의 항변을 하였음은, 원판결(제3, 제4) 적시의 사실에 들어있다. 이에 위 항변의 내용을 본다면, 당해 계약체결의 당시에는 매각한 권리가 자신에게 속하지 아니함을 모른 상태였고, 그 후에 이르러 권리의 일부가 타인에게 속함으로써 이행불능이 되고, 또한 권리의 일부를 취득하여 이를 매수인인 피상고인에게 이전할 수 없다는 의미라고 하면, 그러한 경우에 있어서의 법률적용에 관하여는 민법 제560조의 경우와 같이 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 것이 아니면, 같은 제562조에 의하여 당연히 매도인인 상고인은 상기 항변의 이유에 의하여 본건 계약이행의 의무가 없고, 또한 권리를 취득하여 매수인에게 이전할 수 없는 한편, 피상고인은 위 이행불능의 이유를 지실(知悉)한 이상은, 같은 제563조에 의하여 부족분의 비율에 의하여 대금감액을 청구하거나, 또는 계약해제를 하여야 하는 권능을 가질 뿐이다. 그럼에도 원판결은 이러한 이유를 살피지 아니하고, 상고인에게 의무이행책임이 있다는 판단을 한 것은, 결국 원판결은 형식 및 실체법에 위반하여 부당하게 법률을 적용한 불법이 있다.

살피건대, 민법 제562조 제1항이 규정하는 “그 권리를 취득하여 이를 매수인에게 이전할 수 없을 때”란, 매매의 목적인 물건이 멸실되거

나 현소유자로 하여금 그 권리를 타인에게 이전시킬 수 없는 경우를 말하는 것으로, 위 물건이 타인의 소유에 속한다는 한 가지만으로 바로 같은 조문 규정의 불능의 경우에 해당한다고 할 수 없다. 그렇다면 상고인이 원심에서 제6, 매매계약의 목적인 답토(畓土)는, 본건 소송제기 전에 항소인(상고인)과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되고, 항소인은 실제로 이를 점유할 수 없으므로 당해 계약은 이행불능에 빠진다는 항변을 한 것에 대하여, 원심이 "항소인과 제3자와의 사이의 소송에서 당해 토지가 제3자의 소유에 속한다고 확정되었다는 하나의 사실로, 바로 계쟁사실의 이행이 불능에 빠진다고 속단할 수 없다"고 판정하여 위 항변을 배척한 것은 상당하고 위법하지 아니하다. 또한 원판결에는 "피항소인이 계쟁매매계약 당시 그 목적인 당해 토지에 관하여 소송중이라는 사실을 지실(知悉)하고 있었다고 추측할 수 없음은 물론"이라고 설시하고 있고, 피상고인이 이행불능의 이유를 알고 있었다는 사실은 원심에서 전혀 인정되지 아니 한 바이므로, 피상고인은 이행불능의 이유를 지실(知悉)하였다는 취지의 논지도 이유가 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결이 그 이유에서 "장래 그 이행을 할 수 없을 때에는 피항소인(피상고인)이 입는 손해로서 당해 토지의 가액으로부터 대금액을 공제한 금액 9,900원의 배상을 하는 것으로 한다"고 단정한 다음, 이유 제2에서 "대금의 제공을 하지 아니하고 게다가 대금의 지급장소인 부동산소재지에서 공탁을 하지 아니하여 항소인(상고인)이 그 반대급부인 자신의 채무의 이행을 거절할 수 있다는 취지를 변론하지만, 중략(中略) 계쟁매매계약에 관하여 항소인(상고인)이 1913년 5월 28일 계약해제의 통지를 한 것은, 항소인이 자인하는 바이다. 따라서 항소인은 그 후 피항소인(피상고인)이 이행하여야 하는 대금의 수령을 거절할 의사를 표명한 것이라고 말할 수 있다. 그렇다면 피항소인이 하여야 하는 대금지급의 제공은 민법 제493조의 규정에 따라 이행의 준비를 하였음을 통지하고, 그 수령을 최고함으로써 족하다. 성립에 다툼이 없는 갑 제7호증인 공탁서 및 항소인의 회답서에 의하면, 피항소인은 1913년 7월 14일 계쟁매매대금으로 금 3,300원을 주식회사 한호농공은행

강경지점에 공탁하고, 그 수령의 최고를 한 것이 명백하므로, 그 공탁이란 대금지급지인 계약이행지의 공탁소에 공탁한 것이 아니지만, 이행의 준비로서 조금도 문제되지 아니하고, 또한 그 공탁의 사실을 통지하여 대금수령의 최고를 한 이상, 피항소인은 계쟁매매의 대금지급에 관하여 적법한 제공을 한 것으로 논단하지 않을 수 없다. 그리고 쌍무계약의 경우에 있어서 당사자의 일방이 상대방에 대하여 그 이행을 거절할 수 있음은, 그 상대방이 자신이 하여야 하는 이행의 제공을 하지 아니하는 동안에 한하고, 만일 상대방이 그 제공을 한 이상은, 가령 그 일방이 이를 수령하는지의 여부를 묻지 아니하고, 상대방에 대하여 이행을 거절할 수 없음은 민법 제533조에 의하여 의문의 여지가 없다"고 판시하였다. 그리고 당사자 주장의 사실 및 제출한 증빙에 기하여 판단을 함은, 민사소송상의 원칙이다. 그렇다면 기록 중의 갑 제7호증인 공탁서로서 오로지 상고인이 미리 계쟁지 대금의 수령을 거절함으로써, 피상고인이 이행준비를 한 것을 통지하고 그 수령을 최고한 사실만을 증명한 것 및 원심이 이를 근거로 하여 판단을 한 것, 그리고 피상고인이 계쟁토지대금에 관하여 계속 보존할 의무가 있다는 것은, 위와 같이 판결이유에 의하여 명백하다. 요컨대, 원심에서 민법 제493조를 해석하여 채권자가 미리 수령을 거부할 때에는 채무자는 이행을 준비하였음을 통지하고, 그 수령을 최고함으로써 현실로 이행의 제공을 실행한 것이라고 하여, 바로 목적물 인도를 청구할 수 있다고 해석한 것은 실로 명료하다. 원래 일반적으로 쌍무계약의 경우에 있어서는 당사자 쌍방이 서로 급부의무를 부담하고, 그 의무는 교환적으로 이행하여야 함은 민법 제533조에 의하여 명백하다. 환언하면, 본건의 경우에는 매수인의 대금제공에 의하여 비로소 매도인의 목적물 인도의 책임이 있다. 이것은 청구의 자동피동(自動被動)에 의하여 이행이 전후가 되는 것은 자연스러운 법리이다. 즉 매수인인 피상고인의 매매목적물의 인도청구권의 발생은, 매수인의 의무인 대금지급을 조건으로 하는 것이라면, 대금지급은 목적물인도청구권 발생의 내용을 이루고, 매수인은 대금지급의 의무를 이행하지 아니하면, 목적물인도를 청구할 수 없음은 물론이다. 그리고 이행의 제공이란 채권의 목적인 급부를 함에 필요한 일체의 행위를 완료하고 채권자에 대하여 그 수

령을 구하는 법률행위라면, 채무의 본지에 따라 현실로 이를 할 필요가 있음은 물론이지만, (1) 채무자가 채무의 본지에 따라 채권의 목적물에 관하여 변제의 제공을 하려고 한다는 취지를 명언(明言)한 경우에, 불행하게도 채권자의 수령의 거절에 봉착하였기 때문에 그 의무를 면할 수 없고 여전히 동일한 책임을 지고, 그 부담은 점차 증가되는 불이익한 지위에 선다는 현저히 불공평한 결과가 발생하므로, 이 경우에 있어서는 법률이 채무자를 보호하기 위하여 당사자의 권리관계에 관하여 다소 변경을 가하고, 채무자의 책임을 감경하며, 또한 이로써 채무가 계속됨으로써 발생하는 부담의 가중을 면하게 함과 동시에, 채권자에게 지체의 책임을 부담시킨 것이다. 이것은 법률이 민법 제492조, 같은 제493조를 규정하는 이유이다. (1) 채무의 변제에 관하여 채권자의 행위가 필요한 경우, 가령 쌍무계약의 경우에 있어서 상대방이 자신이 하여야 하는 이행의 제공을 하지 아니하는 동안에는, 자신에게 속하는 채무의 이행을 거절할 수 있으므로, 전술(前述)한 바와 같이 그 결과로서 또한 그러하다. 그러나 위와 같은 경우에 있어서는 채무의 본지에 따라 현실로 이행의 제공을 할 필요가 없고, 이행의 준비를 하였음을 통지하여 그 수령을 최고함으로써 바로 이행의 제공이 있는 것과 형식적으로 동일한 효력을 발생시키는 것과 같이 민법 제493조 단서의 규정이 있는 이유는, 필경 민법 제492조에 의하여 채무자로 하여금 같은 제415조의 책임을 면하게 하는 한편, 채권자로 하여금 같은 제413조에 의하여 지체에 의한 일체의 책임이 귀속됨을 정하는 표준에 관한 규정임에 그치고, 이를 전도(顚倒)시켜 채무면탈의 경우와 동일한 효력이 발생한다고 해석할 수 없다. 따라서 형식적 제공과 실제 자금의 제공과는 그 미치는 효력을 달리 하는 것이라면, 이로써 바로 민법 제533조의 경우에 있어서의 제공에 적합한 것이라고 할 수 없다. 그러므로 채무관계를 근본으로부터 소멸시키고 일절의 기반(羈絆)에서 벗어나기 위해서, 또는 상대방에 대하여 반대급부를 요구하는 경우에는, 실질적 제공으로서 목적물을 공탁방법에 의하여 적법하게 공탁하는 것에 의하여 교환적으로 동시이행을 구할 필요가 있다. 왜냐하면 지체의 책임을 면한다고 하여도, 계속하여 채권의 목적물을 보존할 의무가 있기 때문이다. 그렇다면 계쟁매매계약은 보통 쌍무계약이므로,

매수인인 피상고인은 굳이 상고인이 미리 대금수령을 거절한 사실이 있는지의 여부를 논할 필요 없이 바로 이행의 준비를 하였음을 통지하고 그 수령을 최고할 권리를 갖는다. 왜냐하면, 소위 채권자의 행위를 요하기 때문이고, 이 경우에 있어서는 매도인으로 하여금 의무불이행에 의하여 발생하는 일체의 지체의 책임을 면하게 한 규정에 그치고, 매수인의 권리인 매매의 목적물인도청구권을 실행하기에 이르러서는, 이보다 먼저 자신에게 속하는 채무를 근본으로부터 소멸시키는 행위를 필요로 함은 전술한 바와 같다. 그런데 매수인인 피상고인이 매매의 목적물인도를 받았음에도 불구하고 대금지급의 의무이행을 필요로 하지 아니하고, 매도인인 상고인은 대가를 수령하거나 동시이행을 구할 권리를 행사할 길이 없이 바로 매매의 목적물을 매수인에게 인도하여야 하는 의무가 있다고 한다면, 원판결확정의 결과 상고인은 단독으로 채무이행을 강요되기에 이르고, 따라서 목적물인도 후 비로소 대금을 받을 권리를 취득하기에 이른다. 이것은 입법의 정신에 어긋나며, 그렇다면 민법 제493조 단서는 채무가 계속함으로써 발생하는 부담의 가중을 면하게 한 취지로서 그 책임의 범위에 제한을 가하고 또한 지체책임의 채권자에게 부담시키려는 것을 규정한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 매수인인 피상고인은 계쟁 지가(地價)를 지급하였는지의 여부에 관계없이, 일단 상고인이 미리 수령을 거부함에 의하여 피상고인이 변제의 준비를 하였다고 통지하고, 또한 그 수령을 최고한 이상은 진정으로 민법 제533조에 적합하는 제공이라고 하여, 계쟁매매의 목적물 인도의 청구를 할 수 있는 권리가 있는 것처럼 단정한 것은, 민법 제493조, 제533조의 법의를 오해하고 부당하게 같은 법조를 적용한 재판이다.

살피건대, 쌍무계약당사자의 일방은 상대방이 그 채무의 이행을 제공한 이상은 자신의 채무의 이행을 거절할 수 없음은, 민법 제533조의 규정에 의하여 명백하다. 그리고 이행의 제공이 있다고 인정할 수 있는 경우에는 채무의 본지에 따라 현실로 이를 한 경우는 물론, 채권자가 미리 그 수령을 거부한 때에는 채무자가 변제의 준비를 한 것을 통지하여 그 수령을 최고한 경우에도 역시 이행의 제공이 있다고 보아야 함은 민법 제493조에 규정된 바이다. 본건에서 원심은 피상고인이

매매대금을 은행에 공탁하여 변제의 준비를 하고, 또한 상고인에게 통지하여 그 수령을 최고한 사실을 인정함으로써 적법한 이행의 제공이 있다고 하고, 쌍무계약의 당사자인 피상고인이 그 채무의 이행을 제공한 이상은, 상대방인 상고인은 자신의 채무의 이행을 거절할 수 없다는 취지의 판정을 한 것이므로, 민법 제493조, 제533조의 법의를 오해한 것이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

피상고인의 본건 청구의 전제가 되는 주장사실에 관하여 "계약의 취소 및 해제의 통지를 하고, 따라서 대금수령을 거절할 의사가 명백하므로 피항소인(피상고인)은 본건 청구를 하기에 앞서 1913년 7월 14일 주식회사 한호농공은행 강경지점에 금 3,300원을 공탁함으로써, 이행의 준비를 하고 수령의 최고를 한 것이므로, 피항소인에게 완전히 이행의 제공을 한 것이라면 그 반대급부의 이행을 구함에 있어 아무런 지장이 없다"고 한 점, 및 이에 대한 입증으로서 기록편철 갑 제7호증인 공탁서를 제출하고 그 취지로서 상고인이 계쟁 지대에 관하여 미리 수령을 거절함에 의하여 피상고인이 이행의 준비를 한 것을 통지하여 그 수령을 최고한 것이라고 설명한 것은 원판결의 적시사실에 의하여 명료하다. 그리고 당해 공탁행위란 채권자가 그 수령을 거절함으로써 민법 제494조에 의하여 채무면탈을 목적으로 한 것이지만, 요컨대 공탁의 형식조건인 공탁장소의 부적합이라는 관계상 이로써 단순히 소위 이행의 준비라고 인정한 것은, 원판결의 이유에 의하여 의심할 여지가 없다. 그러나 원심은 판결이유 제2의 마지막에서 "그 공탁의 사실을 통지하여 대금의 수령을 최고한 이상은, 피항소인은 계쟁 매매대금지급에 관하여 적법한 제공을 한 것으로 논단하지 않을 수 없다. 그렇다면 쌍무계약의 경우에 있어서 …"이라고 판정하여, 마치 갑 제7호증 공탁서에 관하여 공탁행위로서 유효라고 인정함으로써 유일한 근거로 하는 것과 같다. 과연 그렇다면 그 판결이유를 보면 전후 서로 저촉됨은 거의 의문의 여지가 없고, 따라서 이유불비임을 면할 수 없다. 가령, 당해 공탁행위로서 인용(引用)하려면, 아무런 저촉이 없고 또한 이유불비가 아니어야 한다. 일반적으로 공탁이란 채권의 소멸을 목적으로 하는 법률행위이므로, 무제한으로 이를 허용하지 아니

하고 공탁을 할 수 있는 경우를 한정한 것은, 민법 제494조에 규정된 바이다. 즉, 공탁을 할 수 있는 경우는 채무의 본지에 따라 현실로 이를 하여야 하고, 또한 채권자가 그 수령을 거절하는 것 소위 실질적, 요건으로서 이상 2개의 사실을 필요로 한다. 그 밖에 공탁은 이행에 대신하는 것이므로, 소위 형식적 요건으로서 공탁의 장소에 관하여도 역시 채무의 본지에 따른 이행과 동일하게 하는 것을 필요로 함은 두말할 필요가 없다. 그러므로 실질적, 형식적 요건이 구비되지 아니한 경우에는, 채무면탈을 목적으로 하는 공탁행위는 그 효과가 없음은 원래 당연하다. 그러나 본건의 경우와 같이 채권자가 미리 변제의 수령을 거절하였을 때, 채무자가 변제의 준비를 통지하여 그 수령을 최고할 수 있음은, 지체의 책임을 면하게 하려는 방법임에 그치는 것이다. 그렇다면 근본으로부터 채무를 면탈하려고 하면 소위 공탁방법에 의하여 이행의 목적물에 관하여 적법하게 공탁할 필요가 있음은 물론, 이 경우에 있어서도 현실로 제공을 시도할 필요가 있는가, 바로 공탁을 할 수 있는가는 의문이 가는 문제에 속한다고 하여도, 민법 제493조의 규정은 채무자로 하여금 채무계속으로부터 발생하는 부담의 가중을 면탈시키려는 것으로, 민법 제494조의 경우와 같이 채무소멸에 관한 규정이 아니라면 그 목적을 달리하는 것이기 때문에, 변제자가 공탁을 하는 경우에는 항상 민법 제494조에 의하여 새로운 행위를 할 필요가 없다고 해석함이 온당하다. 요컨대, 변제자가 적법한 제공을 하고 변제의 수령이 거절된 때가 아니면 변제의 목적물을 공탁하여 그 채무를 면할 수 없다. 이것은 대심원에서 채권자가 미리 변제의 수령을 거절한 경우라 하여도, 채무자는 바로 변제의 목적물을 공탁하여 채무를 면할 수 없다는 견해를 취한 바이기도 하다(명치 40십년オ제126호 대심원판결 참조). 그렇다면 상고인이 위와 같은 요건흠결에 관하여 항변을 한 이상은, 원심에서 판단을 받아야 하는 쟁점인 사실의 존부를 확정하지 아니하고, 공탁행위로서 적법하다고 판단한 것은 위법임을 면할 수 없다. 백보 양보하여 실질적 요건이 구비된 공탁행위라고 가정하여도, 공탁장소에 관하여는 본건 채무의 이행지가 아님은 원판결이 인정하는 바이므로, 아무런 설명을 할 필요 없이 공탁으로서 그 효력이 없음은 역시 명백하다(민법 제574조, 제495조 참조). 결국

원판결은 민법 제493조, 제494조의 해석을 그르치고 부당하게 위의 법조를 적용한 위법한 판결이다.

살피건대, 원심은 피상고인이 매매대금을 은행에 공탁한 행위로서 민법 제494조에 기한 공탁으로서 유효하다고 인정한 것이 아니고, 위 행위로서 민법 제493조의 소위 변제준비라고 인정하고, 또한 상고인이 미리 대금의 수령을 거절한 사실과 피상고인이 위 준비를 한 것을 상고인에게 통지하여 그 수령을 최고한 사실을 인정하여, 적법한 제공이 있다고 판정한 것이다. 그렇다면 판결의 이유에서 조금도 저촉되는 바가 없다. 왜냐하면, 민법 제493조 단서에 규정된 행위는, 채무자로 하여금 지체의 책임을 면하게 하는 효과를 발생시키는 것이 아니고, 현실의 변제의 제공과 동일한 효과가 발생하는 것이 물론이라면, 원심의 판정은 위법하지 아니하다. 상고인은 피상고인이 한 공탁이 채무의 이행지에서 하지 아니하였다고 하여 위 공탁은 무효라는 전제를 기본으로 하여 원판결을 비난하지만, 원판결의 취지에 맞지 아니하므로 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

상고인은 제1심 이래, 그 항변으로서 계쟁매매계약 체결 후 그 목적물인 본소 토지는 상고인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되고, 상고인이 실제로 점유하지 아니하므로 당해 매매는 이행불능인 상태에 빠졌다는 취지의 항변을 한 것, 피상고인의 이에 대한 "인도불이행은 상대방에 대한 제3자의 소송제기로 인한 것이므로 그 책임은 상대방에게 있다"고 입증한 것 및 매도인인 상고인은 그 계약체결의 당시에는 계쟁매매의 목적물에 대한 소유권이 자기에게 있고, 제3자에게 속한 것을 모르는 상태였으며, 그 후 제3자 간의 소송에서 비로소 제3자의 소유에 속함을 확지(確知)한 것은 당사자 간에 다툼이 없음은, 일건 기록에 의하여 명백하다. 그렇다면 이 경우에 있어서의 매도인인 상고인이 부담하여야 할 의무 소위 추탈(追奪)담보의 의무란, 민법 제562조 이하의 규정에 의하여 부담하여야 하는 것임은 위 조문에 의하여 한 점의 의문도 없다. 그런데 원판결은 이로써 제3자의 권리를 매매의 목적으로 한 것에 틀림없다고 하면서, 단지 당해 토지가 제3자의 소유에 속한다고 확정된 것으로 바로 이행불능이 된다고

속단할 수 없다고 단정하였다. 원래 민법 제560조와 같이 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우와, 매도인이 계약 당시 그 매각한 권리가 자신에게 속하지 아니함을 몰랐는데 그 후에 이르러 타인의 권리가 된 경우와는, 그 법의가 그 자체로 다르고 책임의 범위 및 그 효과로서 큰 차이가 발생함은 물론이다. 일례를 든다면, 전자는 매도인에게 계약해제권이 없고, 후자는 매도인에게 계약해제권이 있다는 경우이다. 그렇다면 본건의 경우에서도 아직도 원심의 견해를 정당하다고 한다면, 왜 법률이 민법 제562조를 만들었는지, 같은 조문은 어떠한 경우를 보여주는 것인지, 그 법의를 알기 힘들다. 요컨대, 원판결은 민법 제560조를 적용하여 본건 사실을 확정한 것은 사실의 인정이 아니고, 민법 제562조의 법의를 무시하고 당사자 주장사실에 반하는 단정을 함으로써, 상고인의 부담을 가중시킨 것이라고 말하여야 한다. 과연 본건 사실에 관하여 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 것이라 단정하려면, 이에 인과(因果)가 되어야 할 이치가 있어야 한다. 그런데 아무런 이유도 붙이지 아니한 채, 바로 계쟁매매의 목적물에 관하여 제3자의 소유물을 매매의 목적으로 한 것으로 판단한 것은, 적용하여야 하는 법조를 적용하지 아니한 위법한 판결이다.

살피건대, 매도인이 매매계약 당시 그 물건의 소유권이 자신에게 속하지 아니함을 모른 경우라 하여도, 매매계약은 유효하게 성립한 것이므로, 이 경우에도 매도인은 제3자로부터 그 물건의 소유권을 취득하여 매수인에게 이전하여야 하는 의무가 있음은 물론이다. 그리고 원판결 이유 중 “항소인(상고인) 주장과 같이 당해 토지가 항소인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되었으므로, 이것은 실로 항소인은 제3자의 소유에 속하는 당해 토지를 계쟁매매의 목적으로 한 것이고, 그렇다면 항소인은 다시 이를 제3자로부터 취득하여 피항소인에게 이전하여야 할 의무를 부담한다”라고 설시한 것은, 그 취지임에 틀림이 없으므로 원판결은 위법하지 아니하다. 이에 더하여 상기의 판지는 가령 상고인의 주장을 시인하면 위와 같은 논결(論結)이 발생된다는 것은 “항소인 주장과 같이 제3자의 소유로 확정된 것이라면”이라는 문지(文旨)에 비추어 명백하고, 상고인 소론과 같이 상고인이 처음부터 제3자의 소유임을 알고 이를 매매의 목적으로 한 것으로 인

정한 것이 아니다. 그렇다면 원심이 당사자 주장사실에 반하는 단정을 한 것은 부당하다는 본 논지는, 결국 원판결의 취지에 부합하지 아니한 비난이 되므로 그 이유가 없다.

추가상고이유 제4점은 다음과 같다.

상고인이 계쟁매매지가 계약체결 후 상고인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되고, 상고인이 실제로 점유할 수 없으므로 당해 매매는 이행불능 상태에 빠졌다는 취지의 진술을 한 것, 피상고인이 이에 대한 "인도불이행은 상대방에 대한 제3자의 소송제기로 인한 것이므로 그 책임은 상대방에게 있다"고 입증을 한 것 및 매도인인 상고인은 그 계약체결 당시에는 계쟁매매의 목적물에 대한 소유권이 자신에게 속하는 것으로 여겨 제3자에게 있다는 것을 모르는 상태였고, 그 후 제3자와의 소송에서 비로소 제3자 소유에 속함을 확지한 것은, 사실로서 당사자에게 다툼이 없음은 일건 기록에 의하여 의문의 여지가 없다. 원래 민법 제415조, 제543조의 소위 이행불능은 반드시 물리적 불능을 의미하는 것이 아니고, 일반 거래상의 관념에 따라 그러한지의 여부를 판별할 필요가 있으므로, 채무의 이행이 물리적으로는 불가능하지 않는 경우라 하여도 거래상의 관념에서 불능시하여야 하는 것일 때에는, 이행은 민법상 소위 불능임에 방해가 되지 아니 한다. 그리고 본건의 경우와 같이 상고인과 제3자와의 사이에 있어서 제3자의 소유로 확정되어도, 매도인인 상고인은 제3자로부터 그 소유권을 양수하여 이를 매수인인 피상고인에게 이전하는 것은 물리적으로 불능이라고 말할 수 없지만, 제3자가 과연 양도의 요구에 응할 것인가, 매도인이 과연 제3자로 하여금 목적물의 양도를 승낙시킬 수단방법을 갖는가 전혀 불명이고, 의심스러운 경우에 있어서는 이를 부정하는 것이 거래상의 통념이라고 하여야 한다. 따라서 매도인이 환매 그 밖의 방법에 의하여 제3자로부터 목적물을 회복하고 이를 매수인에게 이전할 수 있다는 사실을 피상고인에게 설명한 경우에는 별개로 하고, 그 밖의 경우에는 매도인이 매수인에 대하여 부담하는 소유권이전의 의무는 이행불능의 상태에 있다고 단정하여야 한다. 과거에 대심원에서도 동일한 견해를 취하였음은 같은 법원 판결(대정2년オ제90호 판결)에 의하여 명료하다. 따라서 매도인인 상고인이 부담하여야 하는

의무는, 소위 상고인의 귀책사유에 의하여 이행불능이 된 것이라면, 그의 일단 매각한 목적물을 중복하여 다시 매매한 경우와 아무런 차이가 없다. 그런데 원판결은 본건과 같은 경우에는 제3자의 소유에 속하는 당해 토지를 계쟁매매의 목적으로 한 것에 틀림없고, 타인의 소유에 속한다고 확정된 사실은 바로 이행불능으로 귀속된다고 속단할 수 없다고 판시하였다. 그러나 이것만으로는 아직 본건 이행이 불능에 귀속되지 아니한다고 단정하기에 충분하지 아니하다. 결국 원판결은 법의를 오해하고 부당하게 법률을 적용함으로써 사실을 확정한 위법이 있다.

살피건대, 매매계약체결 당시 매매의 목적물이 제3자의 소유임을 모르고 매도인 자신의 소유로 믿고 이를 매각한 경우에도, 계약의 당초로부터 제3자 소유의 물건으로 매매의 목적으로 한 경우와 같이, 매도인은 매수인에 대하여 제3자로부터 그 권리를 취득하여 이를 매수인에게 이전할 의무를 부담하는 것이다. 그리고 이행불능은 물리적 불능만에 한하는 것이 아니고, 일반거래상의 관념에 따라 불능시하여야 하는 경우에도 역시 이행불능이 됨은 물론이지만, 계약체결 당시 매도인 자신의 소유로 믿고 있었는데, 후에 이르러 제3자의 소유임이 확정되었다는 것으로 이행불능이라 말할 수 없다. 왜냐하면, 이 경우에 있어서 매도인은 제3자로 하여금 그 소유권의 이전을 승낙하게 하는 것이 일반거래상 반드시 불능의 사실이 아니고, 단지 도저히 제3자로 하여금 그 소유권을 이전시킬 수 없게 될 때 비로소 이행불능의 상태에 있다고 말하여야 한다. 그렇다면 원심에서 본건의 토지가 제3자의 소유에 속한다고 확정한 것으로 바로 이행불능에 빠진다고 속단할 수 없는 취지를 판시한 것은 상당하고 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제5점은 다음과 같다.

원판결은 매도인인 상고인이 계약의 취지에 따라 계쟁매매의 목적물에 관하여 피상고인에게 이전할 의무가 있다고 하고, 목적물인도를 명하였다. 그러나 상고인이 제1심 이래 그 항변으로서 계쟁매매계약체결 후 그 목적인 토지가 상고인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되고, 상고인은 실제로 점유하지 않으므로 당해 매매는 이행불능의 상태에 빠졌다는 취지의 항변을 한 것 및 계쟁지를 상

고인이 실제로 점유하지 않는 것에 관하여 피상고인이 다투지 아니한 것은, 일건 기록에 의하여 명백하다. 보통 특정물인도는 일종의 점유권이전이지만, 매매의 경우에 있어서는 매도인의 재산권이전의 의무부담에 종속하여 목적물인도의 의무가 있음은 물론이라고 하여도, 매도인이 재산권이전의 의무가 있으면 반드시 항상 매수인이 목적물인도의 청구권이 있는 것은 아니다. 따라서 본건의 경우와 같이 매매의 목적물에 관하여 매도인인 상고인에게 소유권이전의 의무가 있음에도 불구하고, 소위 사후 흠결에 의하여 인도불능의 상태에 있는 경우에는 매수인에게 목적물인도의 청구권이 없다. 왜냐하면, 매수한 목적물의 인도청구권 발생조건으로서 반드시 매도인의 관리 하에 목적물이 현존함을 필요로 하게 되기 때문이다. 따라서 급부판결은 강제집행의 조건인 채무명의임을 얻게 하고, 그 효과로서 실익을 얻는 경우에 한하므로, 매도인이 사실상 인도의 목적물을 현재 점유하고 있는 경우가 아니면, 절대로 이를 허용할 수 없음은 민사소송법상의 원칙이다. 그렇다면 본소 청구의 목적물이 제소 당시 이미 타인의 소유에 속하고, 상고인이 실제로 점유하지 않는다고 항변한 이상은 피상고인의 본소 청구는 부당하게 되므로, 위 항변은 원심에서 판단을 요하는 쟁점이다. 원판결은 그것의 존부를 확정하지 아니하고 바로 인도를 명한 것은 결국 사실과 의무를 혼동한 위법한 판결이다.

살피건대, 매매목적물이 제3자의 소유에 속하는 경우에 그 소유권을 이전시키는 것은 불능이 아니라는 것과 동일한 이유에 의하여, 위 물건이 제3자의 점유에 속하는 경우에 이를 매도인에게 인도시키는 것도 역시 불능이 아니므로, 본건의 토지가 제3자의 점유에 속하고 상고인이 실제로 점유하지 아니하기 때문에 피상고인에게 인도청구권이 없다는 논지는 이유가 없다. 또한, 본건의 토지가 상고인의 점유인가 제3자의 점유인가를 묻지 아니하고, 그 인도는 불능하지 않음은 상기와 같으므로, 원심이 본건 토지의 점유가 누구에게 속하는가를 확정하지 아니하고, 바로 상고인에 대하여 그 인도를 명한 것은 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

상고보충이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 이행불능을 이행가능이라고 인정한 것은 불법이고 이유불

비의 위법한 판결이다. 상고인의 본건 토지는 본소 제기 전 상고인과 제3자(이호성)와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정됨으로써, 상고인은 소유와 점유를 하지 아니하고, 그로 인하여 피상고인의 그 소유권이전증명신청절차를 이행하고 또한 그 토지를 인도하라는 청구에 대한 의무는 이행불능이라고 항변한 것, 피상고인이 본건 토지는 제3자의 소유에 속한 것을 인정하여 다투지 아니한 것, 원심도 본건 토지는 제3자의 소유에 속하여 확정되었음을 인정한 것은, 원판결 이유 중 “제3. 항소인은 본건 계쟁매매의 목적인 토지는 항소인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되고, 항소인은 실제로 이를 점유하지 않으므로, 당해 매매는 이행불능의 상태에 빠졌다는 취지의 항변을 하였지만, 항소인 주장과 같이 당해 토지가 항소인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정된 것이라면, 이것은 실로 항소인은 제3자의 소유에 속하는 당해 토지를 계쟁매매의 목적으로 한 것임에 틀림없으므로, 항소인은 다시 이를 제3자로부터 취득하여 피상고인에게 이전하여야 할 의무를 부담하고, 자신이 한번 매매한 목적물을 중복하여 달리 매매한 경우와 달리, 항소인과 제3자와의 소송에서 당해 토지가 제3자에게 속하는 것으로 확정되었다는 것은, 바로 계쟁매매의 이행이 불능에 빠졌다고 속단할 수 없다”고 판시한 부분 및 본건 기록에 의하여 명료하다. 그렇다면 위 판시에 의하면, 상고인은 제3자로부터 그 권리를 취득하여 피상고인에게 이전하여야 할 의무를 부담하므로, 그 이행이 가능하다고 인정하였지만, 상고인의 본건의 이행불능이란 반드시 물리적 불능을 의미하는 것이 아니고, 일반 거래상의 관념에 따라 불능시 하여야 한다는 의의를 갖는다. 따라서 원심이 상고인의 이 항변을 배척하고 그 이행가능이라고 인정함에 대하여는, 그 가능시 하여야 하는 사실의 유무를 먼저 심사하여, 가능시 하여야 하는 사실이 있다고 인정한 다음, 그 이행이 가능하다고 하여야 한다. 단지 제3자로부터 그 권리를 취득하여 피상고인에게 이전하여야 할 의무가 있다고 말하는 것만으로는, 아직 그 이행이 전적으로 가능하다고 말할 수 없다. 왜냐하면, 상고인은 가령 제3자로부터 그 권리를 취득하여 피상고인에게 이전할 의사가 있고 실행하려고 하지만, 상대방인 제3자가 이에 응하지 아니하면 당연히 그 권리를 취득하여 피상고인

에게 이전할 수 없는 상태가 되기 때문이다. 따라서 원심은 제3자가 과연 상고인의 본건 토지의 양도를 승낙할 수단방법을 갖는지의 여부를 인정한 다음, 그 가능 불능을 판단할 필요가 있다. 그런데 그와 같은 사실관계 유무는 본건 기록 중 전혀 불명이므로, 원심은 상고인의 이행은 일반 거래통념에서 불능시 하여야 하는 것으로 그 이행은 불능의 상태에 있다고 판정하여야 한다. 만일, 본건 당사자가 이 점에 관하여 가능하다고 주장하고 그 가능한 사실을 입증하였다면, 원심이 이 주장사실 및 그 입증방법에 의하여, 상고인은 그 이행가능한 상태에 있다고 인정하고, 또한 제3자는 상고인의 양도의 요구에 응할 사실이 있으며, 상고인은 제3자로 하여금 그 양도를 승낙시킬 수단방법을 갖는 사실이 있다고 인정함으로써 상고인은 그 이행이 가능하다고 확정하는 것은 별론으로 하고, 전혀 그러하지 아니한 본건의 경우, 즉 그 3자의 양도의 의사유무 및 상고인이 제3자로 하여금 양도를 승낙시킬 수단방법의 유무를 모르는 경우, 단지 상고인이 이전하여야 할 의무가 있다는 이유만에 국한하여 그 이행이 불능하지 아니하다고 속단하고, 일반 거래통념에 그 이행불능시하여야 함에도 오히려 이행가능시하여야 한다는 취지의 판시를 한 것은 전적으로 불법이고, 또한 본건 토지에 관하여 상고인이 제3자로부터 그 권리를 취득하여 피상고인에게 이전하여야 할 의무가 있다고 하여, 그 이행불능이 아니라고 판시한 것은, 상고인의 상기 불능논지에 의하여 이유불비의 위법한 판결이다.

살피건대, 추가상고이유 제4점에서 설명한 바와 같이 매매의 목적물이 제3자의 소유에 속하는 경우에 소유권의 이전에 관하여 물리적 불능 이외에는, 제3자가 소유권이전을 승낙하지 아니하거나 그 밖의 사정에 의하여 도저히 이전시킬 수 없는 경우에 비로소 이행불능의 상태가 된다고 말하여야 한다. 그러하지 아니한 경우에 있어서는, 일반거래의 관념상 이행가능이라 인정하는 것이 상당하다. 왜냐하면, 이행불능의 상태는 의무자인 매도인이 이를 증명하여야 하는 것인데, 본건 토지의 매도인인 상고인은 원심에서 단지 “매매계약의 목적인 답토(畓土)는 본건 소송제기 전 항소인과 제3자와의 사이의 소송에서 제3자의 소유로 확정되고, 항소인은 실제로 그 점유를 하지 아니하므로, 당해 계약은 이행불능에 빠졌다”는 항변을 제출한 것에 불과하고, 제3자로

하여금 그 소유권을 이전시키는 것은 도저히 불능이라는 사실의 주장 및 증명을 한 것이 아니다. 그렇다면 원심이 상고인의 주장 자체에 의하여 이행불능이 아니라고 판단한 것은 상당하고, 본 논지는 이유가 없다.

상고보충이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 심리부진의 위법한 판결이고, 또한 이행불능에 관한 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이다. 민법상 이행불능이란 반드시 물리적 불능을 의미하는 것이 아니고, 일반 거래관념에 따라 불능시하여야 할 때에는 그 이행은 불능임을 막지 못한다. 그리고 본건 상고인은 제1심 이래 본건 토지는 소유와 점유를 하지 아니하고, 즉 제3자의 소유로 본소 제기 전 확정되었으므로 그 이행은 불능이라고 항변한 의의는, 반드시 물리적 불능을 의미하는 것이 아니고, 일반 거래관념에 따라 불능시하여야 하는 것이라는 취지임에 틀림없다. 따라서 원심은 상고인의 이행불능의 항변을 배척하려면 반드시 물리적 불능만 불능의 의미가 아니라, 일반 거래관념에 따라 가능시하여야 하는 사실의 유무를 심사하고, 과연 그 가능시하여야 하는 사실이라고 판단하여 배척하여야 한다. 그런데 원심은 본건 토지는 본소 제기 전 제3자의 소유로 확정된 것을 인정한 다음, 상고인은 이를 제3자로부터 권리를 취득하여 피상고인에게 이전하여야 할 의무가 있으므로 이행불능이 아니라는 취지를 판시한 바에 의하면, 원심은 상고인이 그 이전하여야 할 의무만으로 그 이행은 가능하다고 판단한 것이 된다. 이것은 전적으로 물리적인 것에만 착안하여 본건 토지가 멸실되지 아니하는 한 그 이행은 가능성을 갖는다고 하고, 일반 거래관념에 따라 가능시하여야 할 사실의 유무를 심리하지 않았을 뿐만 아니라, 이에 관한 법칙을 적용하지 아니한 것이라고 하여야 한다. 본건에서 피상고인의 청구에 대한 상고인의 이행불능의 항변이 있는 이상은, 원심은 상고인이 제3자로 하여금 본건 토지를 자신에게 양도할 것을 승낙시키는 수단방법이 있는지, 또는 제3자가 과연 상고인의 그 양도요구에 응할 것인지를 심리하여야 한다. 또한, 피상고인도 이 점에 관하여 상고인의 수단방법이 있는 것 또는 제3자가 그 승낙할 사실이 있음을 명확히 주장하고, 또한 이를 설명하여야 한다. 그리고 원심은 일반 거래관념에 따라

상고인의 그 이행이 가능시하여야 하는 것인지의 여부를 심리함에 관하여, 피상고인에게 그와 같은 주장 및 증명이 없으므로 당연히 상고인의 그 이행은 불능시하여야 하는 것으로 판단하여야 한다. 그러함에도 피상고인이 그와 같은 주장 및 증명을 하지 아니한 것, 원심이 그와 같은 심리적용을 하지 아니한 것은 본건 기록 및 원판결에 의하여 명백하다. 여기에서 원심의 본건 불능에 관한 해석은 전적으로 물리적 불능만을 의미하는 것으로, 일반 거래관념에 따라 불능시하여야 하는 경우임에도 불구하고, 이를 심리적용하지 아니하고 판단을 내린 것임을 알 수 있다. 따라서 민법상의 이행불능은 전적으로 물리적 불능을 의미한다고 해석한 것이라고 하여야 한다. 결코 그러하지 아니한 본건과 같이, 그 기록 중 상고인이 제3자로 하여금 본건 토지를 자신에게 양도시킬 수단 방법의 유무 및 제3자가 과연 상고인의 양도요구에 응하는지의 여부가 전적으로 불명인 경우에 있어서는, 상고인의 그 이행은 일반 거래관념에 따라 불능시하여야 하는 것이다. 그런데 원심은 이 점에 관하여 아무런 심리를 하지 아니하였을 뿐만 아니라, 이행불능에 관한 법칙을 적용하지 아니하였다. 결국, 원판결은 법률위반의 판결이다.

살피건대, 본 논지의 이유가 없음은 추가상고이유 제4점, 상고보충이유 제1점에서 설시한 바를 이해하기 바란다.

상고보충이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 적용하여야 하는 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이다. 원판결의 이유를 보면, 원심은 상고인의 피상고인 손해배상청구는 1년 내에 하여야 하는 취지의 항변을 배척하고, 민법 제564조는 이에 적용할 수 없다고 판시하였다. 그런데 본건 토지의 일부는 피상고인의 명의로서 이미 증명을 얻어 그 권리는 피상고인에게 이전된 것, 그 일부는 제3자의 소유로 귀속된 것은 모두 원심이 시인하고 판시한 것임은, 원판결에 의하여 명료하다. 그렇다면 본건 토지의 일부는 제3자에게 속함으로 매도인인 상고인이 매수인인 피상고인에게 이전할 수 없음은, 본 상고보충서 제1, 2점의 불능논지에 의하여 그 이행불능이 되므로, 피상고인은 그 부족한 부분, 즉 이행불능에 속하는 부분에 관하여 아직 손해가 있다고 하여 배상을 청구한 것이라고 말하여야 한다.

그와 같은 청구는 1년 내에 행사하여야 하는 것으로, 이미 그 1년의 기간이 도과된 본소 청구에 대하여 상고인은 배상을 하여야 할 의무가 없음은 명료하다. 그런데 원심은 민법 제564조는 본건에 적용할 수 없다고 하여 상고인을 패소시킨 것은, 결국 적용하여야 할 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이다.

살피건대, 본건에서의 피상고인의 청구는 갑 제1호증의 매매계약에 기한 답토(畓土) 330두락(斗落)의 인도 그 밖의 청구를 구하고, 만일 그 이행을 할 수 없을 때에는 그로 인하여 발생한 손해배상을 구하는 것으로, 피상고인이 매수한 토지의 일부가 타인에게 속하기 때문에, 상고인이 피상고인에게 그 소유권을 이전할 수 없음을 이유로 하여 대금의 감액을 구하고, 또는 계약의 해제를 구하는 것이 아니다. 또한 그 경우에 있어서의 손해배상을 구하는 것도 아님은, 원심의 변론조서의 기재 및 원판결의 사실적시에 비추어 명확하다. 요컨대, 본건의 청구는 민법 제563조에 규정된 청구와는 전혀 다른 것이므로, 이에 대하여 같은 법 제564조의 규정을 적용할 수 없음은 물론이므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고확장이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 피상고인이 주장하지 아니한 사실을 기초로 한 결과, 그 행위를 적법하다고 인정하여 재판을 한 불법이 있다. 원래 피상고인이 본건 토지의 대금을 공탁한 것은 갑 제7호증의 1에 명기된 바와 같이 전적으로 민법 제494조에 의한 것이므로, 그 공탁은 같은 법 제495조에 따라 채무이행지의 공탁소에 하지 아니한 것임은 두말할 필요가 없다. 그런데 원심은 피상고인이 같은 공탁을 한 것은 같은 법 제493조의 정신에 기하여 한 것이라는 취지의 주장을 한 것으로 오인한 결과, 단지 이행의 준비를 한 것을 통지하여 그 수령을 최고하면 족하고 또한 공탁과 같이 같은 법 제495조에 의함을 요하지 아니한다고 판정한 것은, 상기한 바와 같이 불법임을 면할 수 없다.

살피건대, 갑 제7호증의 1의 기재에 의하여 본다면, 피상고인이 매매대금의 공탁을 한 것은 민법 제494조의 규정에 따른 의사임은 상고인 소론과 같다고 하여도, 위 공탁행위 자체는 동시에 변제 준비로서의 효과가 발생하는 것을 막지 아니한다. 그런데 피상고인은 위 공탁

행위로서 변제의 준비를 한 것이고, 또한 이를 상고인에게 통지하고 적법한 제공을 하였다는 주장을 하여, 이에 대하여 원심은 증거에 기하여 위 피상고인의 주장을 시인한 것으로, 당사자의 주장을 오인한 것이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

상고확장이유 제2점은 다음과 같다.

증인 윤경일의 진술은 상고인이 원심에서 증거로 원용한 것임은 원판결 사실적시의 부분에서 명백하다. 그리고 이 진술은 이를 신용하여 채용함에 있어서는 상고인을 위하여 유력한 증거가 되므로, 원심은 가령 상고인의 증거로서 적시한 이상은 그 채부를 명확히 하여야 함에도, 그 판결이유 중에서 전혀 이를 무시하여 아무런 채부를 명시하지 않음은, 상고인에게 유리한 증거를 유탈무시하여 이에 반대된 불리한 판정을 한 불법한 재판이다.

살피건대, 원심에서 피상고인 패소부분 이외에 있어서의 상고인의 항변은 모두 이를 배척하였음은, 원판결 이유에 비추어 명백하다. 따라서 상고인의 항변사실을 증명하는 증인 윤경일의 증언도 이를 채용하지 아니하였음은 그 자체로 명백하므로, 특히 판결문에 명기하지 아니하여도 위법하지 아니하므로, 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

21 주금(株金)납입체납금부족액청구에 관한 건 〔대정4년민상제95호 1915년 4월 23일 판결〕

【판결요지】

1. 청산인이 변제기에도 불구하고 주주로 하여금 주금(株金) 미납액을 납입시킬 수 있는 것은, 그 주금(株金) 미납액을 제외한 회사의 현존재산으로 그 채무를 완제할 수 없는 경우에 한한다. 따라서 회사

에 현존하는 재산으로 변제할 수 있을 때에는 주주로 하여금 그 주금 미납액을 납입시킬 수 없다.

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 부산공익 주식회사 청산인 등야부차랑(藤野富次郎, 후지노)
소송대리인 가고정태랑(加古貞太郎, 가꼬)
【피상고인】 전대직길(田代直吉, 다시로) 외 4인

위 당사자 간의 주금납입체납금부족액 청구사건에 관하여 1915년 2월 3일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유는 다음과 같다.
원판결은 그 이유로 "주식회사가 해산한 경우에 있어서 그 청산인이 그 회사 채권을 추심할 수 있음은, 상법 제234조, 제91조에 의하여 명백하다. 그리고 그 채권이란 모든 회사의 채권을 의미하므로, 회사의 주주에 대한 미납주금의 채권을 청산인이 추심할 수 있음은 역시 조금도 의문의 여지가 없는 바이다. 그러나 회사의 자본은 회사영업용으로 제공하는 것인 동시에, 회사채무의 변제에 충당할 목적도 갖는다. 따라서 청산인의 주주에 대한 위 채권의 추심도 청산의 목적범위로서 회사채무의 변제에 필요한 경우, 환언하면 회사에 현존하는 재산으로 회사의 채무를 완제할 수 없는 경우에 한정되어야 한다"고 설명한다. 원래 청산의 목적범위는 회사채무의 완제 만에 그치지 아니하고, 잔여재산의 분배도 포괄함은 법문이 명기(明記)하는 바이고, 미납

주금이 잔여재산 중에 포함되는 것도 역시 의문의 여지가 없는 바이므로, 공평한 분배를 할 전제로서 미납주금의 추심을 하는 것은 법이 청산인에게 부여한 직권의 당연한 수행이라고 말하여야 한다. 그런데 원판결은 만연히 청산의 목적범위를 상기와 같이 한정하여 상고인(항소인)의 청구를 기각한 것은 법칙을 부당하게 적용한 위법이 있다.

살피건대, 주식회사 해산의 경우에 있어서 청산인은 회사에 현존하는 재산이 그 채무를 완제하기에 부족할 때에는, 상법 제234조, 제92조의 규정에 따라 주주로 하여금 납입기한이 도달하지 아니한 주금의 미납액을 납입시킬 수 있음은 물론이지만, 채무완제에 부족하지 아니함에도 불구하고 미납액을 납입시키는 것이라고 하면, 같은 법 제229조에 의하여 잔여의 재산은 정관에 의하여 납입한 주금액의 비율에 따라 이를 주주에게 분배하여야 하므로, 잔여재산의 총액과 해산 후의 납입총액과의 다소에 의하여, 또는 해산 후 납입주주로 하여금 이미 납입한 주주와 동률의 배당을 얻게 하거나 또는 해산 후 납입주금을 이미 납입한 주주에게 배당함에 이르러 불공평한 결과가 발생하게 되고, 그렇다면 상기 제92조의 소위 "회사에 현존하는 재산" 중에는 사원으로 하여금 출자를 하게 하는 채권을 제외한 것으로 해석하여야 하고, 주식회사에 있어서는 주금의 미납액을 제외한 것으로 해석하여야 한다. 따라서 청산인이 미납금을 추심할 수 있는 것은, 주금 미납액을 제외한 회사의 현존재산으로 회사채무를 완제할 수 없는 경우에 한한다. 설령 적어도 그 회사에 현존하는 재산을 가지고 완제할 수 있는 때에는, 청산인은 주주로 하여금 미납금의 납입을 하게 할 수 없다는 것이 법의이다. 그렇다면 원심이 그 판결이유에서 "본소 항소대리인(상고인)의 주장사실에 의하면 항소인이 각 을호 주주에게 그 미납금 37원 50전의 납입을 최고한 것은, 적어도 회사재산으로 그 채무를 완제할 수 없기 때문에 한 것이 아니라, 갑호(甲號) 주주와 을호(乙號) 주주 사이에 잔여재산을 분배함에 있어 그 손해의 부담이 불공평하다고 생각하고, 이를 제거할 목적에서 한 것임은 명료하므로, 본건 주금납입의 최고는 부당함을 면할 수 없다"고 설시하고, 현존재산으로 회사 채무를 완제할 수 없기 때문에 한 주장이 아님을 인정하여 본소의 청구를 배척한 것은 상당하고, 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

22 전토(田土)소유권확인 및 인도청구에 관한 건 〔대정4년민상제101호 1915년 4월 23일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에는 하천연안의 토지가 그 전답이거나 시초장(柴草場)임을 논하지 아니하고, 수세(水勢)로 인하여 함락하고 그 후 다시 동일 장소에 니생지(泥生地)가 형성된 경우 또는 한 변에서 포락하고 다른 한 변에서 니생(泥生)된 경우에는, 함락지의 소유자가 새로 생긴 토지의 소유권을 취득하는 관습이 있다.

【제 1 심】 평양지방법원 신의주지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 이봉춘
소송대리인 이기찬
【피상고인】 김동영

위 당사자 간의 전토(田土)소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1915년 2월 17일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

소장 및 제1심판결의 기재에 의하면, 피상고인의 주장사실은 그 선대 용섭은 원 계쟁지와 동일한 장소에 있는 시판삼일경(柴板三日耕)을 소유하고 있는바, 지금으로부터 26년 전 홍수로 인하여 떠내려가고 결국 토지로서의 효용을 상실하기에 이르렀는데, 그 후 다시 니생(泥生)하여 계쟁지를 형성하기에 이르렀으므로, 계쟁지는 피상고인 자신의 소유라는 것이다. 그러므로 피상고인의 주장 자체에 의하여도 같은 사람의 선대가 소유한 시판(柴板)은 떠내려감으로써 멸실된 것이 명백하므로, 같은 그 시판(柴板)에 대한 소유권은 이미 상실된 것이라고 하여야 한다. 따라서 계쟁 전지(田地)에 대하여는 피상고인이 소유권을 취득한다고 말할 수 없다. 조선에서 한쪽 변(邊)의 토지가 포락하고 다른 쪽 변(邊)에 니생(泥生)된 경우에 포락지의 소유자가 니생지(泥生地)의 소유권을 취득하는 것은 종래의 관습이라고 하여도, 포락된 토지가 존재한 장소에 후일 다시 니생지(泥生地)가 형성되어도 포락지의 소유자가 니생지의 소유권을 취득하는 것과 같은 관습은 없다. 특히 전답이 아닌 시판(柴板)과 같은 토지는 일단 멸실된 이상은 영구히 소유권을 상실하는 것이고, 후에 이르러 니생지를 형성하는 일이 있어도 다시 소유권을 회복하는 것과 같은 관습이 없다. 왜냐하면, 포락지의 소유자가 니생지(泥生地)의 소유권을 취득하는 것은 조세징수의 필요에서 생긴 관습으로, 조세의 부과가 없는 토지에 관하여는 그러한 관습이 있을 리가 없기 때문이다. 그런데 원판결은 피상고인이 제출한 갑 제1호증에 의하여 불법하게 피상고인 선대가 계쟁의 전지(田地)를 매수한 사실을 인정하고, 원래의 포락지와 본건 니생지의 관계에 관하여는 아무런 설명을 하지 아니하므로 원판결은 청구자체에 있어서 허용되지 아니하는 청구를 인용하고, 심지어 피상고인의 주장에 반하는 사실을 인정한 위법이 있다.

살피건대, 하천연안의 토지가 전답이거나 시초장(柴草場)임을 논하지 아니하고, 수세(水勢)로 인하여 함락하고 그 후 다시 동일 장소에 니생지(泥生地)가 형성된 경우 또는 한쪽 변(邊)에서 포락하고 다른 쪽 변(邊)에서 니생(泥生)된 경우에는, 함락지의 소유자가 새로 생긴

토지의 소유권을 취득하는 관습이 있음은 당원이 인정하는 바이다. 그런 까닭에 어떤 토지가 포락된 후 다시 동일 장소에 니생지를 형성하거나 반대 변에 니생지를 형성하는 양자 중 그 하나의 경우에 해당할 때에는, 새로 생긴 토지는 무주(無主) 또는 국유가 아니라 함락지의 소유자의 소유에 속하는 것이다. 본건에서 원심은 증거에 의하여, 계쟁지는 피상고인 선대 김용섭이 소외 한철은으로부터 매수한 지소(地所)에 해당한다고 인정하고, 김용섭의 상속인인 피상고인이 그 소유권을 취득하는 것은 당연하다고 판시하여 피상고인의 청구를 인용한 것은 아무런 관습에 위반된 점이 없다. 또한, 피상고인의 주장은 계쟁지에 해당하는 지소(地所)는 원래 시판(柴板)이었고, 피상고인의 부친인 김용섭이 소외 한철은으로부터 매수하여 소유한바, 당해 지소(地所)는 홍수로 인하여 일단 함락되었지만, 그 후 같은 장소에 니생지를 형성하였다. 그리고 피상고인은 부친인 김용섭을 상속함으로써 계쟁지의 소유권을 취득하였다는 것은, 원판결 및 원판결인용의 제1심판결의 사실적시에 의하여 명백하다. 따라서 원심은 갑 제1호증의 4표(標)와 계쟁지의 상황을 대조하여 대체로 일치하는 것으로 인정하고, 그 밖의 증거를 참작하여 피상고인의 주장을 시인한 것이므로, 피상고인의 주장에 반하는 사실을 인정하였다는 논지는 그 이유가 없다. 또한 상기의 설명과 같이 포락지의 소유자인 피상고인의 선대 김용섭의 상속인은 새로이 같은 장소에 니생한 계쟁지의 소유권을 취득한다는 피상고인의 주장을 시인한 원판결에는, 포락지와 본건 니생지의 관계에 대하여 그 자체로 설명된 것이므로, 그 관계에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하였다는 논지도 역시 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

23 부산공동건축회회비환급청구에 관한 건
〔대정4년민상제93호 1915년 4월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 해산청구의 의사표시가 조합원 전원을 대표하는 자격이 있는 자에 대하여 이루어졌을 때에는, 조합원 각자에 대하여 이루어진 것과 동일한 효력이 발생하지만, 업무집행자에 대한 해산청구의 의사표시는 당연히 조합원 각자에 대하여 이루어진 것과 동일한 효력이 발생하지 아니한다(추가상고이유).

1. 해산청구의 의사표시는 특약이 없는 한 조합원 각자에 대하여 이를 하지 아니하면 그 효력이 없다(상동).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 소야화일(小野和一, 오노) 외 1인
소송대리인 수도호일(秀島浩一, 히데시마)
소송복대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모또)
【피상고인】 산전후사(山田フサ, 야마다) 외 2인

위 당사자 간의 부산공동건축회회비환급 청구사건에 관하여 1915년 1월 25일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인 산전후사(山田フサ, 야마다), 아부각차랑(阿部角次郎, 아

베), 산전다쯔(山田タツ, 야마다)가 상고인 외 수명의 사람과 부산공동건축회라 칭하는 조합을 조직하고, 가옥건축의 사업을 해 온 것은 이를 인정하는 바이다. 당해 조합은 민법 제683조에 기하여 부득이한 사유에 의하여 해산한 사실은 원심에서 상고인이 주장하는 바이다. 원심에서는 설령 민법 제683조의 규정에 의하여 해산을 하는 경우라 하여도, 해산의 청구는 그 청구를 하는 각 조합원이 다른 조합원에게 의사표시할 것을 요하는 것이어서, 그 해산하는 조합원 전원에 대하여 한 것일 때에는 그 해산 및 청산인의 선임은 당연히 유효하지만, 단지 조합원 중 일부의 자에게만 한 것일 때에는 그 해산 및 청산인의 선임은 모두 무효가 된다고 한다. 그러나 본건 갑 제2호증의 1은 1912년 1월 20일 상고인 소야화일(小野和一, 오노) 외 2인이 해산청구서를 제공하여 부산공동건축회 귀중으로 되어 있고, 그 부산공동건축회 귀중이라는 수취인명은 즉 조합원 전원에 대하여 한 것이라고 말하지 아니할 수 없다. 왜냐하면, 그 의사표시는 증인 반미호(飯尾晧, 이이오) 및 식송통태랑(植松通大郎, 우에마쓰)이 조합 전원에 대하여 통지하였다고 증언하였다. 그리고 원심에서 위 의사표시에 결점이 있는 것과 같이 설명하지만, 원래 해제의 의사표시는 민법 제113조가 규정하는 바라고 하여도, 그 의사표시를 하는 방법에 관하여는 법률상 특별한 규정이 없으므로 명시 또는 묵시의 방법으로 할 수 있음은 의문의 여지가 없다. 증인이 피상고인의 집에 이르러 또는 그 밖의 조합원에 대하여 하나하나 그 취지를 통지하였음을 증언한 이상, 그 증언에 의하여도 본건 해산의 의사표시를 한 것이 명료하다.

살피건대, 갑 제2호증의 1(해산청구서)에 의한 의사표시가 조합 전원을 대표하는 자격이 있는 자에 대하여 이루어진 것이라면, 상고인 소론과 같이 조합원 전원에 대하여 이루어진 것이라고 말하지 아니할 수 없지만, 위 청구서의 수취인명인 부산공동건축회라는 것은 단지 조합의 명칭임에 불과하고 어떠한 대표자격을 갖는 자가 없음은 물론이므로, 원판결에서 "갑 제2호증의 1에 의하면 … 그 청구가 조합 전회원에 대하여 이루어진 사실은 같은 호증의 기재에 의하여는 이를 인정하기에 부족하다"라고 설시한 것은 실로 상당하고 조금도 위법한 점이 없다. 또한, 증인 반미호(飯尾晧, 이이오)의 "조합원 집회에서 해

산의 결의를 함에 있어 각 조합원에게 그 집회를 통지한 일이 있고, … 조합원 중 67헌(軒)은 본인 부재여서 위 취지를 가족에게 전달하여 달라고 의뢰해 두었다”라는 증언에 의하면, 조합원에 대하여 집회의 통지를 한 것을 인정할 수 있지만, 해산청구의 의사표시의 고지를 한 것은 인정할 수 없을 뿐만 아니라, 가족에 대하여 본인에게 전달하여 달라는 의뢰는 바로 본인에 대하여 의사표시를 한 것으로 인정할 수 없으므로, 원판결에서 “그 진술 자체에 의하여는 조합원 전원에 대하여 해산의 의사표시를 한 것으로 인정하기에 부족하다”고 판시한 것은 상당하다. 그리고 증인 식송통태랑(植松通太郞, 우에마쯔)의 증언은 원심에서 신용하기에 부족하다고 하여 이를 배척한 것이라면, 위 증언에 기하여 원판결을 비난하는 논지도 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

지방관습에 의하면, 해산청구서 등과 같은 의사표시는 청구서 1통을 만들어 ‘무슨 회 무슨 모임 귀중’이라고 기재하면 바로 그 조합 회원 일체에 대한 청구이고 이를 전원에 대하여 그 의사를 표시함은 당시의 업무집행원이 그 통지를 하여야 한다. 그리고 식송통태랑(植松通太郞, 우에마쓰)이라는 자는 당시 회장 부재 중 그 사무를 담임하고 있었고, 식송통태랑(植松通太郞, 우에마쓰)이 그 통지를 한 사실은 그 증언 및 조합자체에 있어서도 추지(推知)할 수 있는 것이라면, 원심에서 유일한 증인 식송통태랑(植松通太郞, 우에마쓰)의 증언을 이유 없이 배척한 것은 법률을 위법하게 적용한 것이라 말하지 않을 수 없다.

살피건대, 상고인 소론과 같은 관습을 인정하기 곤란할 뿐만 아니라, 식송통태랑(植松通太郞, 우에마쓰)이 회장 부재 중 건축회의 사무를 담임하고 있었다는 사실, 그가 조합원 전원에 대하여 해산청구의 통지를 하였다는 사실을 원심에서 인정하지 아니한 것은, 그 직권 내에 속하는 것으로 이를 비난할 이유가 없다. 또한, 증언의 채부도 어디까지나 원심의 직권에 속하므로 원심에서 위 증인 식송통태랑(植松通太郞, 우에마쓰)의 증언을 배척한 것은 위법하지 아니하고 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

갑 제4호증의 2 피상고인 산전후사(山田フサ, 야마다)는 소외 중촌

선술(中村善述, 나까무라)에 대하여 1912년 4월 1일 손해배상청구의 소를 부산지방법원에 제기한 사실이 있다. 만일 당시 해산의 통지를 받지 아니하거나 그 사실을 모른 것이라면 군이 제3자인 수급인 중촌선술(中村善述, 나까무라)에 대하여 본회 건축가옥의 손해를 청구할 이유가 없으므로, 그 건축회의 존속을 인정하지 아니함은 당해 소장에서도 명료하다. 그렇다면 갑 제4호증의 2는 본건 해산의 사실을 승인한 증거인만큼 그 증거를 무시하여 패소의 선고를 한 것은 증거의 적용을 그르친 착오의 판결이다.

살피건대, 기록에 따라 조사하면, 원심에 제출된 갑 제4호증의 2는 산전후사(山田フサ, 야마다)의 가옥건축설계 견적명세표라는 제목의 문서이고, 상고인 소론의 갑 제4호증의 2[산전후사(山田フサ, 야마다), 중촌선술(中村善述, 나까무라) 사이의 소송사건의 소장]는 상고장에 첨부하여 본원에 처음으로 제출된 것으로, 앞서 원심에 제출되지 아니한 서증임이 명백하다. 그렇다면 본 논지는 원심에 제출되지 아니한 서증에 기하여 원판결을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.

추가상고이유는 다음과 같다.

조합원이 조합의 해산을 청구하려는 때에는 각 조합원에 대하여 직접 그리고 각각 별도로 청구의 의사표시를 할 필요가 있는 것이 아니다. 조합 앞으로 조합의 업무(業務) 또는 상무(常務)집행자에 대하여 해산청구서를 교부하였을 때에는, 그 청구의 의사표시는 당연히 각 조합원에게 도달하는 것이므로 그 해산청구는 각 조합원에 대하여 직접 또한 각각 한 것과 다르지 아니하고, 해산의 청구로서는 아무런 결함이 없다고 하여야 한다. 왜냐하면 조합의 사무를 담임하는 자는 조합원에 대신하여 조합 앞으로 온 문서 또는 진술을 접수하거나 청취하여 이를 각 조합원에게 통달하는 기관이므로, 이에 대하여 조합의 해산청구서를 교부하고 청구의 의사를 표시한 때에는 그 의사표시는 당연히 조합원에게 도달하게 될 순서이기 때문이다. 또한 조합의 업무담당자가 해산에 관한 장의회(帳義會) 개최를 각 조합원 또는 그 가족에게 통고한 이상 해산청구자의 의사표시는 정당하게 각 조합원에게 도달한 것으로 하여야 한다. 본건 상고인 등은 부산공동건축회 앞으로의 같은 조합해산청구서를 인정하고 조합의 업무담당자에게 교부한 것이

고, 그 사실은 당사자 사이에 다툼이 없을 뿐만 아니라, 업무담당자는 위 해산청구에 기하여 반미호(飯尾晧, 이이오)로 하여금 각 조합원에 대하여 해산에 관한 집회개최의 취지를 하나하나 통지하게 하고, 본인 부재인 경우에는 그 가족에게 전달하여 줄 것을 의뢰하여 둔 것이다. 그리고 그 사실은 증인 반미호(飯尾晧, 이이오)의 증언에 의하여 명백한 바이고, 원심에서도 같은 증언에 의하여 그 사실을 인정하면서 해산의 청구는 각 조합원에 대하여 직접 또한 각각 하여야 하는 것으로 오인하여, 갑 제2호증의 1 및 증인 반미호(飯尾晧, 이이오)의 증언에 의하여는 조합원 전원에 대하여 해산청구의 의사표시를 한 것으로 인정하기에 부족하다고 한 것은, 채증법칙에 위반한 불법이 있다.

살피건대, 해산청구의 의사표시가 조합원 전원을 대표하는 자격이 있는 자에 대하여 이루어졌을 때에는, 조합원 각자에 대하여 이루어진 것과 동일한 효력이 발생하지만, 업무집행자에 대한 해산청구의 의사표시는 당연히 조합원 각자에 대하여 이루어진 것과 동일한 효력이 발생하지 아니할 뿐만 아니라, 갑 제2호증의 1(해산청구서)이 본건 조합의 업무집행자에 대하여 교부되었다는 사실은 원심에서 전혀 인정하지 아니한 바이고, 또한 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같이 해산에 관한 협의회 개최의 통지를 한 것은, 바로 해산청구의 의사표시를 한 것으로 인정할 수 없다. 또한 본인 부재인 경우에 그 가족에게 전달하여 줄 것을 부탁한 것으로는 본인에 대한 의사표시의 효력이 발생하지 아니한다. 그렇다면 원심이 증인 반미호(飯尾晧, 이이오)의 증언에 의하여는 조합원 전원에 대하여 해산의 의사표시를 한 것으로 인정하기에 부족하다는 취지를 판시한 것은 상당하다. 그리고 해산청구의 의사표시는 특약이 없는 한 조합원 각자에 대하여 이를 하지 아니하면 그 효력이 없음은 물론이므로 원심의 판정은 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

24 부금(講金)청구에 관한 건
〔대정4년민상제75호 1915년 5월 4일 판결〕

【판결요지】

1. 무진(無盡)[1]계약에서의 가입자(講員) 상호관계 및 무진운영자(講元)와 각 가입자의 관계는, 어디까지나 무진의 규약에 의한다. 만일 무진의 규약에 있어서 무진운영자는 자신의 명의로 기당첨자에 대하여 납입금의 청구를 할 수 있다는 취지를 정했을 때는, 무진운영자는 자신의 명의로 납입금의 청구를 할 수 있다 하여도, 그 무진계약이 해제되었을 때에는 당연한 결과로서, 기당첨자에 대한 납입금청구의 권리에 관하여는 미당첨자 각자의 부분에 관하여 각자 그 청구권을 갖는 것이고, 별개의 계약이 없는 한 미당첨자 중의 1인이 그 명의로 기당첨자에 대하여 미당첨자 전원의 권리에 관하여 납입금의 청구를 할 수 없다.

【제 1 심】 부산지방법원 마산지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 충전민태랑(沖田敏太郎, 오키다) 외 2인
소송대리인 영정도충(永井道忠, 나가이)
【피상고인】 앵정현차랑(櫻井賢次郎, 사쿠라이)
소송대리인 계천광제(皆川廣濟, 미나가와)

위 당사자 간의 부금(講金) 청구사건에 관하여 1914년 12월 11일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

1) 무진(無盡) : 상호신용계(契)의 옛 말.

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

협심(協心)무진(無盡)회원 중의 미당첨자가 기당첨자에 대하여 갖는 채권은 개개 독립된 것임은 의문의 여지가 없다. 단지 그 번잡을 회피하기 위하여 당해 무진운영자(講總代) 앞으로 1통 작성한 차용증서를 제출한 것이지만, 가령 원판결 이유 중에서 보듯이 미당첨자의 공유채권이라고 하고, 채권정리를 위하여 결의한 후 피상고인에게 소송의 권능을 부여하였다고 하나, 피상고인 이외의 공유채권자가 갖는 지분에 대하여는 실질상 대리인으로서 소송행위를 하는 것이라고 말하여야 한다. 과연 그렇다면 변호사 이외의 자가 소송대리를 하는 경우에는 민사령 제21조에 의하여 법원의 허가를 받아야 한다. 더군다나 피상고인이 인정한 을 제2호증에 의하여 명백한 것과 같이, 피상고인은 피상고인이 상고인에 대하여 갖는 공유채권의 지분은 이미 1914년 10월 중 즉 원심이 본건의 판결을 하기 이전에 전부 변제를 받아, 상호 간에 아무런 채권・채무의 관계가 없으므로 더 이상 공유채권자의 일원이 아니므로 그러하다. 그리고 소송대리인의 자격은 법원의 직권으로 조사하여야 하는 사항에 속한다. 그런데 원심이 그 사실을 인정하면서 당연히 피상고인에게 소송자격이 있는 것처럼 판결한 것은 위법하다.

살피건대, 무진계약에서의 가입자(講員) 상호관계 및 무진운영자(講元)와 각 가입자와의 관계는, 어디까지나 무진의 규약에 의한다. 만일 무진의 규약에 있어서 무진운영자는 자신의 명의로 기당첨자에 대하여 납입금의 청구를 할 수 있다는 취지를 정했을 때는, 그 규약에 따라 무진운영자는 자신의 명의로 납입금의 청구를 할 수 있다 하더라도, 본건에서의 원판결의 설시에 의하면 “이것은 즉 당초의 무진계약은 전적으로 이것을 해소하고 그 정리방법으로서 기당첨자가 매월 납입하여야 할 채무는 미당첨자의 공동채권으로 하고, 그 추심한 금원은 입찰에 붙여 그 분배를 받은 것은, 공동관계로부터 탈퇴하여야 하는 계약으로 변경한 것으로 인정하는 것이 상당하다”고 되어 있다. 최초의 무진계약(갑 제2호증)은 해제되었다고 인정하였음이 명백하다. 따

라서 무진계약이 해제된 이상은, 그 당연한 결과로서 기당첨자에 대한 납입금청구의 권리에 관하여는 미당첨자 각자의 부분에 관하여 각자 그 청구권을 갖는 것이므로, 미당첨자 중의 1인이 마치 무진운영자와 같은 자격으로 그 명의로 기당첨자에 대하여 납입금의 청구를 할 수 없다는 이치가 된다. 그렇다면 원판결과 같이 무진계약의 해제 후에도, 피상고인이 미당첨자 전원의 권리에 관하여 피상고인 자신의 명의로 청구할 권리가 있다고 인정하려면, 모름지기 기당첨자 미당첨자 전원의 계약으로 이를 협정하였다는 사실에 기하여야 한다. 원판결은, 갑 제4호증의 1에 기하여 미당첨자인 자는 공유자의 일원으로서 다른 미당첨자인 자의 승낙을 얻어, 자신의 이름으로 그 추심을 할 수 있다고 판정하지만, 갑 제4호증의 1을 보면 “3월 29일의 개회석에서 제5회까지의 낙찰인인 충전민태랑(沖田敏太郎, 오키다), 미원봉길(梶原峯吉, 가지와라), 가등광태랑(加藤廣太郎, 가또), 앵정현차랑(櫻井賢次郎, 사쿠라이)의 4인으로부터 납입금 40원을 경쟁입찰로 하여 최저금액인 자를 낙찰인으로 정하고, 그 금액을 지급하여 낙찰인은 퇴회하고 … ”라고 되어 있다. 위 결의는 기당첨자의 납입금을 미당첨자에 분배하는 방법을 정한 것에 불과하고, 이에 의하여 원판결이 인정한 것과 같은, 미당첨자는 공유자의 일원으로 하여 다른 미당첨자의 승낙을 얻어 자신의 이름으로 그 추심을 할 수 있다는 결론이 발생하는 것이 아니다. 또한 원판결 이유의 후단에서 “그 잔원(殘員)지분의 과반수인 피항소인 외 8인이 항소인 등 그 밖의 자에 대한 채권의 정리 및 이에 관한 소송행위의 모든 것을 피항소인에게 맡긴 것은, 갑 제3호증인 결의서에 의하여 명백하므로, 피항소인이 자신의 명의로 항소인 등에 대하여 그 채무의 이행을 강요함에 있어서 아무런 문제가 되지 아니한다”고 설시하지만, 앞의 설명과 같이 피상고인에게 본건 청구권이 있다고 하려면 기당첨자, 미당첨자 전원의 계약에 기하여야 하므로, 미당첨자 중의 일부분에 불과한 나머지 가입자의 결의는, 본건 피상고인의 청구권에 관하여 아무런 효력도 발생하는 것이 아니다. 요컨대, 적법한 증거에 기하여 상기 계약의 사실을 인정한 후가 아니면, 피상고인 1인의 명의로 본건의 청구를 한 것을 시인할 수 없다. 그러하지 아니한 경우에 있어서는, 피상고인 개인의 부분의 청구를 시인하는 것은 상당하지

만, 다른 부분의 청구도 시인한 것은 적절하지 아니함을 면할 수 없다. 결국 원판결은 이유불비의 위법이 있다. 그렇다면 미당첨자가 기당첨자에 대하여 갖는 채권은 개별 독립한 것이라는 전제에 기하여 원판결을 비난하는 상고논지는 이유가 있다. 그리고 피상고인 개인에 속하는 청구의 부분에 관하여는, 원판결에서 그 청구액을 확정하지 아니하여 본원에서 바로 이를 시인할 수 없어 결국 원판결은 전부 파기를 면할 수 없으므로, 다른 상고논지에 대한 설명을 생략하고 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 본건을 원심에 환송함이 상당하다. 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

25 연대채무대금(貸金)청구에 관한 건
〔대정4년민상제100호 1915년 5월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 수개의 채권을 1개의 채권으로 경개(更改)한 때에는 신구채권은 목적을 달리하므로 채무의 요소에 변경을 초래하고 경개계약은 유효하게 성립한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 중본정길(中本政吉, 나까모또)
소송대리인 삼조(森肇, 모리)
【피상고인】 심목광길(尋木廣吉, 다즈노끼)

위 당사자 간의 연대채무대금(貸金) 청구사건에 관하여 1915년 2월 15일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유의 모두에서 “피항소인(피상고인을 가리킨다. 이하 이와 같다)이 1913년 3월 1일 항소인(상고인을 가리킨다. 이하 이와 같다)에 대하여 소외 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또), 같은 주태랑(周太郎)과 함께 본소의 연대채무를 부담한 것에 관하여는 당사자 간에 다툼이 없다. 쟁점은 같은 채무가 같은 해 5월 1일 항소인 및 위 연대채무자의 1인인 미차랑(彌次郎) 사이에서 채무의 경개가 있었기 때문에 소멸하였는가의 여부에 있다”는 쟁점을 들었다. 그리고 당해 채무가 경개 소멸되었다는 이유로서는 “그리고 항소인 및 미차랑(彌次郎) 사이에서는 위 같은 날 갑 제2호증의 계약이 체결된 것에 관하여 당사자 간에 다툼이 없다. 위 갑 제2호증에는 저당권설정의 사항 이외 명확히 채무자 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)이 채권자인 항소인으로부터 1,500원을 빌리고 이를 수수하였다는 취지의 기재가 있고, 그 밖에 이에 부수하여 이자 및 담보방법에 관한 새로운 계약을 설정하여, 종래 위 양자 간에 성립한 갑 제1호증 및 갑 제4호증의 1, 2의 3개의 채무는 이에 합하여 하나의 채무가 되고, 전적으로 면목을 일신하였음은 분명할 뿐만 아니라” 운운의 증인 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)의 증언을 채용하여, 채무의 경개는 결국 이를 인정하여야 한다는 이유에 따라 상고인의 소구를 배척함은, 법률에 위배하여 사실을 확정하고 재판에 이유를 결한 위법한 판결이라고 사료한다. 그 이유가 어떠한가 하면, 민법 제513조에 소위 그 채무가 경개에 의하여 소멸하려면 채무의 요소에 변경이 있어야 한다. 채무의 요소란 채무의 성립에 필수인 사항을 가리키는 것으로, 본안사실과 같이 채무담보를 설정한 것과 같은 추약(追約)은 채무의 요소를 변경시키는 것이 아니다. 그런데 원판결은 그와 같이 쉬운 법률을 오해하여 계약의 경개라고 판결한

것이다. 더구나 경개가 아니므로 갑 제1호증 및 갑 제4호증의 1, 2의 채권증서가 상고인 수중에 존재하는 사실에서도 그러하다.

살피건대, 원판결에 의하면, 항소인 및 미차랑(彌次郎) 사이에 위 같은 날(1913년 5월 1일을 가리킨다) 갑 제2호증의 계약이 체결된 것에 관하여 당사자 간에 다툼이 없다. 같은 호증에는 저당권설정의 사항 이외 분명히 채무자 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)이 채권자인 항소인으로부터 1,500원을 빌리고 이를 수수한 취지의 기재가 있고, 그 밖에 이에 부수하여 이자 및 담보방법에 관한 새로운 규약을 만들어, 종래 위 양자 간에 성립한 갑 제1호증 및 제4호증의 1, 2의 3개의 채무는 이에 합하여 하나의 채무가 되고, 전적으로 면목을 일신한 것이 분명할 뿐만 아니라, 증인 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)의 증언 중에는 같은 증인이 항소인에 대하여 500원씩 3개의 채무를 부담하고 있었던바, 이를 1,500원인 하나의 채무로 변경하여 저당권을 설정하기 위하여 위 500원의 채무가 소멸한 취지가 진술되고, 그 진술은 신용할 수 있으므로 위 양자 간에서의 채무의 경개는 결국 이를 인정하여야 한다고 설시하였다. 또한, 갑 제2호증의 기재 및 증인 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)의 증언에 의하여, 산본미차랑(山本彌次郎)은 상고인과 합의한 후 산본미차랑(山本彌次郎), 산본주태랑(山本周太郎, 야마모또) 및 피상고인 3인이 연대 차용한 본건 500원의 채무 및 미차랑(彌次郎)이 상고인에게 부담하는 별도의 2개의 채무를 1,500원인 하나의 새로운 채무로 경개한 사실을 인정하였음은 명백하다. 기존의 채무에 단지 담보권을 설정하는 추약(追約)이라고 인정하지 아니하였으므로, 채무의 담보를 붙인 것과 같은 추약은 채무의 요소를 변경시킨 것이 아니라는 논지는, 원판결이 인정한 사실과 다른 사실을 기초로 하여 원판결을 공격하는 것에 불과하다. 그리고 수개의 채권을 1개의 채권으로 경개한 때에는 신구채권은 당연히 그 목적을 달리하므로 채무의 요소에 변경을 초래하고 경개계약은 유효하게 성립하는 것이므로, 상고인의 소론과 같은 위법한 점이 없다. 또한, 원판결에 의하면 증인 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또), 산본주태랑(山本周太郎)의 증언에 의하여 본건 갑 제1호증 이하 3개의 채권서는 잔존증서에 불과하다고 인정함으로써, 같은 갑호증이 상고인의 수중에 존재하는 사실로부터

경개의 사실을 부정하려는 논지는, 원심의 전권에 속하는 증거의 판단 및 사실의 인정을 비난하는 것에 다름 아니므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본안채무에 관하여는 그 소비대차가 성립하기 이전{갑 제1호증(연대차용증)은 1913년 3월 1일자, 갑 제3호증(계약서)은 1913년 2월 26일자}에 갑 제3호증의 계약과 같이 그 대부금액의 수액을 확정하고, 그 사용·변제방법 또는 그 기한, 이자 등도 특별히 계약함으로써, 갑 제1호증, 갑 제4호증의 1, 2가 성립한 것은 당사자 간에 다툼이 없는 사실이다. 그리고 당해 갑 제3호증의 제6조에는 “갑 대여금에 대하여는 갑의 안전을 보호할 목적으로 제조소 공장과 부속건조물 및 공장비치기계 그 밖의 부속품 일체를 포함하여 건축준공과 동시에 저당권을 설정함으로써 담보로 제공해 둔다는 것”이라는 명확한 약정이 있다. 이에 의하여 갑 제1호증 및 갑 제4호증의 1, 2의 채권에 대하여 갑 제2호증과 같이 담보를 붙인 것이다. 그런데 원판결 이유 중 “갑 제2호증에는 저당권설정의 사항 이외 분명히 채무자 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)이 채권자인 항소인으로부터 1,500원을 빌리고 이를 수수한 취지의 기재가 있고” 운운이라고 설명하였지만, 당해 문구는 저당권설정에 관하여 통례의 문구로서 기재한 것에 불과하다. 환언하면, 소비대차에 필요한 금전의 수수 또는 이에 대신하는 물건의 수수가 없는 것으로, 당해 문구는 허위의 의사표시로서 원래 그 효력이 발생하지 아니하는 것이다. 그렇기 때문에 원판결에서도 역시 “1,500원을 빌리고 이를 수수한 취지의 기재가 있다”고 말하는 것에 불과하고, 실제로 1,500원의 금원의 수수를 인정한 것이 아니라는 것은, 판결이유의 전문에 비추어 명료하다. 그렇다면 당해 갑 제2호증은 갑 제1호증 등의 대차계약을 경개한 것이 아닌 것이 명백하다. 원판결은 소비대차에 관한 법칙에 위배하여 사실을 확정하고 또한 재판에 이유를 결한 위법한 판결이다.

살피건대, 상고이유 제1점에서 이미 설명한 것과 같이, 원심은 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)이 상고인과 합의 후 본건 500원의 채무 외 2개의 채무를 1개의 1,500원인 채무로 경개한 사실을 인정한 것이

고, 본건 채무 외 2개의 기존의 채무에 대하여 담보권을 설정한 사실을 인정한 것이 아니므로, 상고인의 갑 제2호증의 계약은 갑 제1호증의 계약에 기하여 원판결의 위 3개의 채무에 대하여 담보권을 설정한 것이라는 논지는, 원판결이 인정하지 아니한 사실에 기하여 원판결의 비난을 하는 것에 불과하다. 그리고 구채무를 경개하여 신소비대차를 성립시킬 수 있는데 이 경우에는 금원의 수수가 없음은 당연한 것이다. 만일 이에 반하여 구채무를 소멸시킬 목적으로 금원을 빌리고 그 변제에 충당하는 절차를 생략하여 간이한 절차에 의한 수수가 있다고 하여 소비대차를 성립시킨 경우에는, 신채무의 부담에 의하여 당연히 구채무의 소멸을 초래하는 것이 아니라, 오히려 변제에 의하여 구채무는 소멸한 것으로 보는 것이 상당하다. 즉, 신채무는 구채무를 소멸시키는 목적에서 나온 것이지만, 구채무와 아무런 직접적인 관계가 없고 그 소멸은 단지 신채무부담의 연유임에 불과하므로, 이 경우에는 경개계약이 성립되지 않는다. 그렇다면 원심이 전술한 바와 같이 경개의 사실을 인정한 이상 상고인의 소론과 같이 금원의 수수가 있는 있었다는 사실을 인정하지 아니한 것은 당연하고, 원판결 중에는 갑 제2호증의 채무자 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)이 채권자인 항소인으로부터 1,500원을 빌리고 이를 수수한 취지의 기재를 원용하지만, 위 기재는 원심이 원용한 그 밖의 증거를 참조하여 경개의 사실을 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 위 기재를 들어 허위의 의사표시라고 하는 것은 원판결이 인정하지 아니한 바이므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

사실의 인정, 증거의 취사는 사실심 법관의 권한 내에 속하는 것이라 하더라도, 원판결 중 “그 밖의 갑 제3호증의 기재 및 신원일(神源一, 가미)의 증언에 의하여 위 경개의 사실을 부정할 수 없다”고 설명한 것은, 판결에 이유가 없는 위법한 판결이라 말하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 갑 제3호증 등과 같은 유력한 증거가 어떤 이유로 경개사실을 부정하는 증거가 되지 아니하는지 그 이유를 적어야 하기 때문이다. 전항에서도 말한 바와 같이 갑 제3호증은 본안채권의 성립에 관한 근원으로서, 당해 갑 제3호증에 기하여 갑 제1호증, 제2호증 등이 성

립하기에 이른 것이다. 그렇기 때문에 갑 제2호증의 성립이 갑 제1, 3, 4호증 등을 소멸시켜 무효로 귀착시키는 것이 아님은, 각 증거를 대조하여 조금도 의심할 여지가 없는 것이다.

살피건대, 증거의 취사는 사실심의 전권에 속하고, 그 채용하지 아니한 증거에 관하여는 그 이유를 적어야 할 법률상의 규정이 없으므로, 그 이유를 적지 아니하여도 반드시 위법한 것은 아니다. 따라서 원심이 그 밖에 갑 제3호증의 기재 및 신원일(神源一, 가미)의 증언에 의하여는 위 경개의 사실을 부정할 수 없다고 설시하고, 이러한 증거가 어떠한 이유로 경개사실을 부정하는 증거가 되지 아니하는지의 이유를 설명하지 아니하여도, 상고인 소론과 같은 위법이 있다고 할 수 없다. 또한, 같은 논지 후단은 원심의 전권에 속하는 사실인정에 대하여 비난을 가하는 것에 불과하므로, 모두 상고적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

권리의 포기는 상대방에 대하여 그 의사를 표시하지 아니하면, 그 효과가 발생하지 아니한다. 상고인이 피상고인에 대하여 당해 채권포기의 의사표시를 한 사실이 없다. 그런데 원판결에서 상고인의 청구를 배척한 것은 매우 위법하다.

살피건대, 원판결은 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같이 본건 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또), 산본주태랑(山本周太郎) 및 피상고인 3인의 연대채무 이외에 2개의 채무에 관하여 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)과 상고인 사이에 경개계약이 있었다는 사실을 인정한 것이고, 상고인이 피상고인에 대하여 권리의 포기를 한 사실을 인정한 것이 아니다. 그리고 민법 제435조에 의하면, 연대채무자의 1인과 채권자 사이에 경개가 있으면 채권은 총채무자를 위하여 소멸하므로, 원심이 연대채무자의 1인인 산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또)과 채권자인 상고인 간에 경개가 있다고 한 이상, 본건 채무가 다른 연대채무자인 피상고인의 이익을 위하여 소멸함은 연대채무의 법규에 비추어 자명하다는 취지를 설시한 것은 실로 상당하다. 연대채무자가 구채무에 관하여 의무를 면함은 경개의 당연한 효과이고, 채권자의 권리의 포기에 의하는 것이 아니므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

산본미차랑(山本彌次郎, 야마모또), 산본주태랑(山本周太郎, 야마모또)은 본건 사실에 관하여 직접 이해관계를 갖는 연대채무자이다. 이러한 자의 구술만 있고 증거가 없는 진술을 채용하여 유력한 증언과 같이 맹신함으로써 불법하게 사실을 인정한 것은 위법하다.

살피건대, 직접 이해관계를 갖는 연대채무자라 하더라도 선서를 시키지 아니하고 참고를 위하여 이를 심문하고, 그 진술을 채용하여 판결의 재료로 이용하는 것은 원래 위법하지 아니하다. 왜냐하면, 이와 같은 진술을 채용할 것인지의 여부는 어디까지나 사실심의 전권에 속하는 것으로, 본 논지는 원심의 전권에 속하는 증거의 취사판단에 대하여 비난을 가하는 것에 다름 아니어서, 이 역시 상고적법의 이유가 되지 아니한다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

26 토지소유권확인 · 인도 및 증명말소절차이행청구에 관한 건 〔대정4년민상제58호 1915년 5월 18일 판결〕

【판결요지】

1. 상속인이 광결(曠缺)[1]된 사망자의 유산은 그 사망자가 거주한 이동(里洞)의 소유에 귀속되는 것이 조선에서의 종래의 관례이다.

【제 1 심】 평양지방법원 안주지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 한응순

1) 광결(曠缺) : 부존재(不存在)를 의미함.

소송대리인 옥동규

【피상고인】 김용진

소송대리인 김린진

위 당사자 간의 토지소유권확인・인도 및 증명말소절차이행 청구사건에서 1914년 12월 26일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 평양복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결 이유 중 “피항소인은, 같은 토지는 용서리(龍西里) 거주 한종복이 소유하던 전지(田地)가 포락된 장소에 니생(泥生)된 토지로서, 니생(泥生) 당시 한종복은 이미 사망하고 그 상속인이 없는 폐가이므로 같은 리(里)가 관명에 따라 조세를 납부함으로써, 그 지소(地所)[2]는 용서리(龍西里)의 소유에 속하고, 그 리(里)가 4년간 조세를 납부한 후, 지금으로부터 9년 전에 이를 피항소인에게 매도함으로써 자신의 소유에 속한다는 취지를 주장하지만, 조선 종전의 관습에서는 포락지(江落地)와 동일한 장소에 니생지(泥生地)가 생긴 때에는 소유권은 포락 전의 소유자에 귀속하며, 타인이 이를 경작하고 납세를 함으로 인하여 소유권을 취득하는 일은 없다”고 한다. 확실히 구 관습상 강변의 토지가 수류(水流)로 인해 포락되고 니생지(泥生地)가 생긴 때에는 그 소유권이 전소유자에 귀속됨은 물론이지만, 이에 대하여 소유자가 사망하고 그 상속인이 광결(曠缺)한 경우에는 그 소유권이 누구에게 귀속하는지, 이동(里洞)에 귀속하는지를 선결하여야 하는 문제이다. 만일 소유자가 사망하고 그 상속인이 광결(曠缺)한 경우 소유권이 이동(里洞)에 귀속됨은 조선에서의 현저한 관습임은 논할 필요가 없다. 즉, 새

2) ‘토지’를 의미함.

로 사주(沙洲)가 생기거나 인민이 도서(島嶼)를 발견하면 그 소유권은 국유로 귀속되지만, 상속인 광결(曠缺)의 경우에 사망자의 유산인 토지에 관하여는 이를 국유지로 간주할 수 없다. 확실히 이러한 재산은 재단(財團)으로서 이동(里洞)에서 이를 보관하거나 이동의 소유로 이전시키는 것이 관례이다. 일반적인 가옥에 관하여는, 상속인이 광결(曠缺)된 경우에도 가옥의 소유권은 전단 토지에 관하여 기재한 바와 동일한 관례에 의하여 그 귀속이 정해지는 것임은 관례조사서(慣例調査書) 제28문에 의하여 명백하다. 그런데 본건의 니생지는 본래 용서리(龍西里) 거주 한종복의 소유지이지만, 한종복이 이미 사망하고 그 상속인이 광결(曠缺)됨으로 인하여 본건 토지의 소유권이 용서리(龍西里)에 귀속됨으로써, 용서리(龍西里)는 본건 토지를 소유하고 4년간 납세를 한 후 지금으로부터 5년 전 이를 상고인에게 매도하고 소유권을 이전한 것이 본건의 사실이다. 그러나 원심에서는 소유자의 상속인이 광결(曠缺)된 경우 소유권이 이동(里洞)에 귀속함에도 불구하고, 단지 니생지(泥生地)의 소유권이 전 소유자에게 속한다는 한 가지 점을 채용하여 용서리(龍西里)가 조세를 납부한 사실이 있다 하더라도, 계쟁지의 소유권은 그 리(里)가 취득한 것은 아니고, 따라서 가령 피항소인(상고인)의 주장과 같이 그 리(里)와의 매매계약이 있었다고 하여도 그 소유권이 피항소인에게 이전하지 아니한다고 판결한 것은 관습을 적용하지 아니한 위법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 하천연안의 토지가 포락하고 그 후에 이르러 동일한 장소에 다시 니생지(泥生地)가 형성된 때 또는 한쪽 강변에서 포락하고 반대 강변에 니생지(泥生地)가 형성된 때에는, 그 새로 생긴 토지의 소유권은 포락지의 소유자의 것이거나 그 상속인 또는 그 유산을 취득한 자에게 귀속되는 점, 그리고 상속인이 광결(曠缺)된 사망자의 유산이 그 사망자가 주거한 이동(里洞)의 소유에 귀속됨은 조선에서의 종래의 관례임은 당원이 인정하는 바로써, 위 유산은 단지 사망자가 사망시 실제로 남긴 재산만에 그치지 아니하고 그 사후(死後)에도 당해 재산으로부터 발생하는 과실(果實) 또는 첨부(添附) 등에 의하여 당해 재산에 부과되는 것을 포함한다. 본소에서의 상고인의 주장사실의 요지는, 계쟁지의 소재지는 이전 한종복의 소유지였고 일단 포락하였지

만 그 후 다시 같은 장소에 계쟁지인 니생지(泥生地)가 형성된 것이고, 당시 한종복은 이미 사망하고 상속인이 광결(曠缺)되었기 때문에 폐가가 되어 그가 주거한 용서리(龍西里)의 소유로 귀속되었는데, 1907년 중 상고인은 같은 리(里)로부터 이를 매수하여 그 소유권을 취득하였다고 함에 있는바, 이점은 원판결 및 같은 판결이 인용하는 제1심판결의 사실적시에 비추어 명료하다. 따라서 상고인의 주장사실과 같다고 하면, 계쟁지의 소유권은 용서리(龍西里)에 귀속하고, 상고인은 같은 리(里)로부터 그 소유권을 취득한 것이므로 상고인의 본소 청구를 배척하려면, 상고인의 주장사실의 유무를 판단하여야 한다. 그런데 원판결의 이유에는 "조선 종전의 관습에 있어서는 포락지와 동일한 장소에 니생지(泥生地)가 생긴 때에는 그 소유권은 포락지의 소유자에게 귀속되나, 타인이 이를 경작하고 납세함으로써 그 소유권을 취득하는 것은 아니고, 이에 반하는 듯한 당원의 박승옥의 증언은 신용할 수 없으므로, 가령 피항소인(상고인)의 주장과 같은 사정 하에 용서리(龍西里)가 조세를 납부한 사실이 있다 하더라도, 계쟁지의 소유권은 그 리(里)가 취득하는 것이 아니다. 따라서 용서리(龍西里)와의 매매가 있었다고 하더라도 그 소유권이 피항소인에게 이전되지 아니한다. …"라고 설시하고 있을 뿐이다. 상고인의 주장사실인 계쟁지는 니생지(泥生地)로서 이전 한종복의 소유지인 장소에 해당하는지 여부, 과연 그러하다면 그가 사망하고 상속인 광결(曠缺)로 인하여 그 유산은 용서리(龍西里)의 소유에 귀속되고, 상고인은 같은 리(里)로부터 이를 매수한 것으로 되는지 여부에 관하여는 아무런 판단을 하지 아니하였다. 상기의 이유만으로 만연히 상고인의 청구를 배척한 것은 이유불비의 위법한 판결로서 상고이유가 있고, 원판결은 파기를 면할 수 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조 제1항, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

27 매매대금반환청구에 관한 건
〔대정4년민상제113호 1915년 6월 8일 판결〕

【판결요지】

1. 도선(渡船)영업을 하는 것에 관하여 관청의 허가를 받았지만, 그로 인하여 도선영업권이라는 하나의 재산권이 발생하는 것이 아니라면, 도선영업권이라는 것을 양도의 목적으로 하여도 그 양도는 무효이다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 배상락
소송대리인 삼도미사랑(森島彌四郞, 모리시마)
소송복대리인 용본이(瀧本理, 다키모또)
【피상고인】 서병조
소송대리인 암원삼지(岩元三志, 이와모또)

위 당사자 간의 매매대금반환 청구사건에 관하여 1915년 2월 12일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고대리인의 상고이유는 다음과 같다.

원판결은 요컨대, “본소 도선영업의 허가와 같은 것은 일반교통의 편익에 비추어 그 설비, 그 수단방법의 여하에 의하여 발생하는 위험을 방지함을 그 주된 목적으로 하여, 영업에 대한 허가를 유보한 것임이 그 성질상 명백할 뿐만 아니라, 경상북도 경무부령 도선영업단속규칙의 전취지에 비추어 인정할 수 있다. 따라서 법규가 금지하는 바가

아니라면 본소 도선영업권은 하나의 재산으로서 자유롭게 매매의 목적이 되고 양도할 수 있다고 해석함이 상당하다"는 이유로 상고인(피항소인)의 청구를 기각하였다. 그러나 이 판결은 도선영업권의 성질을 오인하고 또한 경상북도 경무부령 도선영업단속규칙을 오해한 불법이 있다. 그 이유는 보통 각인은 법령의 범위 내에서 그가 바라는 바에 따라 각종의 영리사업에 종사할 자유를 갖지만, 각인이 향유하는 영업의 자유는 단지 그 법령이 금지하지 아니하는 한도 내에서 그 제한 조건에 따라 영업을 할 수 있음에 그친다. 이 자유를 가지고 바로 민법상의 재산이라고 속단할 수 없다. 도선영업이라는 것도 역시 그 허가를 받은 자가 법령의 제한조건에 따라 그 영업을 할 수 있는 자유를 갖는 것에 불과하고, 소유권 또는 특허권과 같이 민법상의 하나의 재산권으로서 성립하는 것이 아니다(명치44년オ제140호 1911년 9월 29일 선고 대심원판결 참조). 또한, 각인(各人)의 영업에 공안교통과 밀접한 관계가 있기 때문에, 단속규칙을 두어 특히 당해 관청의 허가를 받는 자에 한하여 이를 할 수 있는 것이 있다. 도선영업은 즉 이에 속하는 것으로, 허가를 받은 자에 한하여 이를 할 수 있고, 사인 간에 함부로 당해 영업을 전전 양도할 수 있는 것이 아니다. 원판결은 경상북도 경무부령 도선영업단속규칙에 당해 영업을 양도할 수 없다는 명문이 없다고 하여 이를 양도할 수 있다고 인정하지만, 이는 전적으로 당해 규칙의 해석을 그르친 것이다. 당해 규칙에는 양도금지의 명문이 없다 하더라도 도선영업 본래의 성질상 양도가 허용되지 아니함은 물론이고, 특히 양도금지의 명문을 두고 있지 아니한 것으로서 당해 규칙의 전반을 통람하면, 양도금지의 법의임을 추지하기 어렵지 아니하다. 예를 들면, 그 규칙은 제8조에서 영업자의 성명의 변경, 전거, 사망, 폐업, 휴업 등의 경우에 관한 절차를 규정하고 있음에도 불구하고, 영업의 양도에 관하여는 아무런 절차규정을 두지 아니한다. 이것은 그 양도를 근본적으로 인허하지 아니하는 것이고, 만일 그 양도를 인허할 취지라면 예컨대 전당포단속령시행규칙 제9조 제2항, 고물상단속령시행규칙 제12조 또는 우유영업단속규칙 제26조와 같이 이에 관한 절차규정을 만들었을 것이다. 또한, 원판결의 해석과 같다면, 영업자의 성명 변경, 전거의 경우에 있어서는 7일 이내에 신고를 할 필요가 있음

에도 불구하고, 이보다 중대한 영업양도의 경우에 있어서는 나아가 그 신고를 할 필요가 없다고 말하는 것처럼 모순된 결론이 발생되기에 이른다. 또한, 이를 융희 3년(1909년) 6월 경령(警令) 제1호 도선영업단속규칙과 대조하여도, 같은 규칙 제4조에 "허가증을 대여하거나 검사증을 전용할 수 없다", 제12조에 "다음의 각 호의 1에 해당하는 경우에는 5일 이내에 제1조 또는 제2조에 의한 출원의 구별에 따라 경시청 또는 소관 경찰관서에 신고하고, 허가증 또는 검사증을 환납하여야 한다. 단, 제1조의 경우에 있어서는 상속인 또는 주된 가족에게 본조의 절차를 준용한다. (1) 영업자가 사망하거나 행방불명인 때, (3) 선체를 매각하거나 양도할 때" 등의 규정이 있고, 영업의 상속도 인정하지 않음은 명백한데, 오직 경상북도 경무부령 도선영업단속규칙에서만 그 영업의 양도를 인허하고 있다는 것이라고 해석할 수 없다. 위와 같이 본건 도선영업은 본래 매매할 수 없는 것임에도 불구하고, 본건 당사자는 제1심판결 사실적시와 같이 누구든지 이를 매매할 수 있다고 오신하여 그 매매를 하였는데, 그 후 상고인이 왜관 헌병분대에 명의개서의 건으로 찾아가 그 매매가 무효임을 알게 되었다. 그로 인하여 본소에 이르게 되고 제2심판결이 당해 매매를 유효하다고 하여 상고인의 청구를 기각한 것은 적절하지 아니하다. 또한, 가령 피상고인이 원심에서 주장하는 것과 같이 "항소인(피상고인)은 피항소인(상고인)에 대하여 도선영업권을 매도한 일이 없고, 도선영업권은 명의상 유병일에게 속하고 항소인의 부친이 사실상 그 도선영업을 하여 그 이익을 얻고 있었으므로, 당해 권리(취지불명이지만)의 양도를 피항소인에게 한 것이다"라고 하지만, 이 또한 법령이 인허하지 아니하는 행위이므로 무효이다.

살피건대, 각인은 각종의 영업을 할 자유를 갖지만, 이것은 원래 법령의 범위 내에서만 그러한 것이고, 가령 법령에 제한이 있는 경우에는 그 제한조건에 복종하여야 함은 두말할 필요가 없다. 그런데 이와 같이 영업을 할 수 있다는 것은 소유권 그 밖의 사권과 같이 재산권으로서 법률의 보호를 받는 것이 아니기 때문에, 이를 목적으로 하여 하나의 사권이라도 말할 수 없다. 도선영업도 역시 이 점에서 다른 보통 일반적인 영업과 조금도 다르지 아니하다. 단지 경상북도에서 도선영

업을 하려면, 당해 관청의 허가를 받을 필요가 있음은 같은 도 경무부령 제5호 도선영업단속규칙 제1조에 비추어 명백하다 하더라도, 당해 영업을 하는 데 허가를 필요로 하는 것으로 한 것은, 일반 교통의 안전 및 위험예방 등의 점에 관하여 행정상의 단속을 할 필요에 기하여 영업의 자유에 대한 하나의 제한을 둔 것에 다름 아니다. 허가를 받았기 때문에 사권이 아닌 것이 하나의 사권이 될 수 없다. 즉, 보통 행정상의 단속의 필요에 기한 허가는 특허 그 밖의 전용권을 부여하는 행정처분과 그 성질을 달리하고, 특종의 사권을 발생시키는 것이 아니다. 그리고 도선영업도 하나의 영업이므로 그 영업 즉 영업용 동산·부동산 및 영업에 관한 채권·채무 등과 같은 것은, 이를 양도할 수 있음은 물론이고, 그 양도의 경우에 양수인이 양도인에 대하여 경업금지의 권리가 있는 것도 다른 보통 일반의 영업과 다르지 아니하다. 단지, 허가업에 있어서는 법령의 규정 여하에 의하여 허가의 효력이 양수인에게 미치는 것과 그러하지 아니한 것이 있고 또는 영업의 양수인이라 하여도 나아가 허가를 얻지 아니하면 영업에 착수할 수 없는 것도 있다. 이것은 허가영업이 영업을 하는 데 허가가 필요한 결과, 보통 일반의 영업과 다른 점으로서, 상기 도선영업단속규칙에는 영업의 양도에 관한 아무런 규정이 없어도, 같은 규칙 제1조에 의하면, 도선영업을 하려는 자는 동일 유역에 있는 가장 가까운 도선장 또는 교량과의 거리, 선체의 구조 및 상비하는 선수(船數), 적석수(積石數) 및 승객의 정원 등의 사항을 갖추어 출원하여야 한다. 이 규정의 취지에서 본다면, 영업의 허가에 관하여 그 설비 및 방법의 여하는 중요한 표준임은 명백하지만, 같은 규칙 제7조에 의하여 영업자에 대하여 같은 조 제1호 내지 제3호의 사항의 준수를 명하거나 같은 제11조에 의하여 영업상에 관하여는, 선부(船夫)의 행위라 하여도 영업자는 그 책임을 면할 수 없다고 한 것 등에 비추어 보면, 영업자의 신용자산 등도 역시 그 허부를 결정하는 중요한 표준이 된다고 인정되므로 같은 규칙의 정신은, 허가는 이를 받을 자에게만 효력이 있고 그 설비방법에 변경이 없어도, 가령 사람의 변경이 있는 이상 다시 허가를 받지 아니하면 도선영업에 착수할 수 없다는 취지라고 해석함이 상당하다. 그러하면 당사자가 허가에 의하여 일종의 사권이 발생하는 것으로 하

고, 이를 목적으로 영업권이라고 하여 양도의 목적으로 한 때에는, 앞의 설명과 같이 허가에 의하여 사권이 발생하는 것이 아니므로 이러한 권리를 목적으로 하는 계약은, 목적 부존재의 결과 당연히 무효가 된다. 만일 이에 반하여 영업 즉 영업용 동산·부동산 등을 총칭하여 영업권이라 하고 그 양도를 약속한 때에는, 그 효력이 있음은 조금도 의문이 없지만, 도선영업의 양수인은 다시 허가를 받지 아니하면 영업을 할 수 없으므로 당사자가 그 영업의 양도를 함에 있어 그 허가를 받는 것을 조건으로 한 경우에는, 그 조건의 성부에 의하여 계약의 효력이 발생하는지의 여부가 결정된다고 함은, 이 또한 두말할 필요가 없다. 그럼에도 원판결에 의하면, 상고인 주장 자체에 의하여 본건 당사자는 소외 유병일의 도선영업권을 매매의 목적물로 한 것이고, 단지 당해 도선영업의 허가는 일반교통의 편익에 비추어 그 설비 그 밖의 수단방법의 여하에 의하여 발생하는 위험을 방지함을 그 주된 목적으로 하고, 영업에 대한 허가를 유보한 것임은 그 성질상 명백할 뿐만 아니라, 위 도선영업단속규칙 규정의 전취지에 비추어 인정할 수 있다. 따라서 법규가 금지하는 바가 없는 한 본소 도선영업권은 하나의 재산권으로서 자유롭게 매매의 목적이 되고 양도할 수 있다고 하여, 당사자의 매매계약을 유효한 것으로 판단한 것임은 명백하지만, 그 영업권이라는 것에 관하여 아무런 설시가 없다. 그리고 그 허가에 의하여 발생한 사권이라고 하느냐, 영업이라고 하느냐에 따라 계약의 효력에 영향을 미침은 상기 설명과 같으므로, 원심이 만연히 영업권은 하나의 재산권으로서 양도의 목적이 될 수 있다는 취지로 판시한 것은 이유불비의 불법이 있다. 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건은 그 영업권의 의의에 관하여 석명의 필요가 있을 뿐만 아니라, 피상고인은 영업권을 양도하지 아니하였다고 항변함은 원심 제2회 구두변론조서에 의하여 명백하므로, 당사자 간에 양도의 목적이 된다고 하고 권리를 확정한 다음이 아니면 본소의 당부를 판단할 수 없으므로 이를 원심으로 환송함이 상당하여 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

28 보증채무이행청구에 관한 건
〔대정4년민상제66호 1915년 6월 15일 판결〕

【판결요지】

1. 증인의 증언사실이 세상에서 드물게 존재하는 사례에 속함을 이유로 하여 이를 채용하지 아니한 것은 위법하다(상고이유).

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 대가희삼랑(大賀喜三郞, 다이가) 외 1인
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모또)
【피상고인】 매미선평(妹尾善平, 세노오)
소송대리인 청수가태랑(淸水稼太郞, 시미즈)

위 당사자 간의 보증채무이행 청구사건에 관하여 1914년 12월 8일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원심이 판결이유에서, 증인 전지위심좌위문(前之圍甚左衛門, 마에노이)의 증언을 채용하지 아니한 이유로서 든 바를 보건대, “왜냐하면 일본인 사이에서의 금전대차에 관하여 수취인명(受取人名)이 없는 채권증서를 수수한 것과 같은 것은 그러한 예가 매우 드문 것이라면, 증인 전지위심좌위문(前之圍甚左衛門, 마에노이)이 갑 제1호증의 금원을

대목축송(大木丑松, 오오끼)에게 대여하고, 같은 사람으로부터 수취인명(受取人名)이 없는 채로 갑 제1호증을 수취한 후, 후일 같은 채무자의 승낙을 얻어 이율 및 수취인명을 기입하여 항소인에게 담보로 갑 제1호증을 제출한 것과 같은 것은 용이하게 믿기 어려운 증언이다"라고 되어 있어, 그 실례가 세상에 거의 없으므로 위 증인의 증언을 배척하는 이유로 한 것과 같다. 그러나 법원으로서 증언의 채부를 결정하는 것은, 그 증언이 진실인 사실에 합치하는지의 여부를 표준으로 하여 판단하여야 함은 조리상 명백하고, 희유(稀有)한 사례와 절무(絶無)한 사례와는 구별하여 생각하여야 한다. 환언하면, 본건 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)과 같은 사례는 희유한 사례로서 있을 수 있는 사례라면, 본건의 경우에 위 희유한 사례인지의 여부를 구체적으로 판단하고, 또한 그 이유를 붙여야 한다. 그럼에도 원심에서 과연 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)의 증언이 진실인 사실에 합치하는지의 여부를 구체적으로 이유를 붙이지 아니하고 만연히 그 사례가 세상에 드물기 때문에 위 증인의 증언은 채용할 수 없다고 하여 배척한 것은 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 증언이 신용할 수 있는지의 여부는 사실심 법관의 심증에 있는 것이므로, <u>그 증언사실로서 실제로 세상에 절대로 존재하지 아니하는 것이 아닌 이상, 가령 그런 것이 드문 일이라고 하더라도 그 증언이 믿을 수 있으면 이를 채용하여 그 사실을 인정할 자료로 이용하여야 한다. 따라서 당해 증언사실이 세상 드물게 존재하는 사례라는 이유로 그 심증의 여하에 의하지 아니하고 이를 배척할 수 없다.</u> 다시 원판결문을 보건대, 원심에서 증인 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)의 증언을 배척함에 있어 "일본인 사이에 있어서의 금전대차에 관하여 수취인명(受取人名)이 없는 채권증서를 수수하는 것과 같은 것은 그 예가 매우 드문 것이므로, 증인 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)이 갑 제1호증의 금원을 대목축송(大木丑松, 오오끼)에게 대여하고 그 사람으로부터 수취인명(受取人名)이 없는 채로 갑 제1호증을 수취하여, 후일 같은 채무자의 승낙을 얻어 이율 및 수취인명(受取人名)을 기입하여 항소인에게 담보로 갑 제1호증을 제출한 것과 같은 것은 용이하게 믿기 어려운 증언이다"라고 설시하였다. 이를 본다

면, 원심이 그 사람의 증언을 신용하지 아니한 것은 그 심증의 여하에 의한 것이 아니라, 그 증언사실이 희유한 사례에 속한다고 하여, 이를 신용하지 아니한다고 한 것이 실로 명백하다면, 원판결은 채증의 법칙에 위반한 것이라고 말하지 않을 수 없다. 그리고 그 사람의 증언을 채용할 것인지 여부는 본건 판결의 전부에 영향을 미치므로, 원판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인은 원심에서 "갑 제1호증은 복지의작(福地儀作, 후쿠찌)이 인정하고 이를 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)이 지참하여, 항소인은 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)에게 대여하고 갑 제1호증 가운데 일보(日步) 9전(九錢)과 수취인명(受取人名)인 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라는 문자는, 피항소인 2인 및 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 승낙한 다음 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)이 인정한 것이다"라고 주장하였다. 갑 제1호증의 금원은 피상고인이 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)에게 대여한 사실 및 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)으로 하여금 갑 제1호증의 수취인명(受取人名)을 피상고인 앞으로 기입하게 한 사실을 피상고인이 자인하는 바이라면, 원심은 그 주장사실에 기하여 피상고인의 청구의 당부를 판단하여야 함에도 불구하고, 반대로 갑 제1호증의 금전대여는 피상고인과 소외 대목축송(大木丑松, 오오끼) 간에 성립한 것이라고 인정한 것은, 당사자의 주장에 기하지 아니한 불법한 판결이다.

살피건대, 원심변론조서의 기재를 보면 "항소대리인(피상고인)은, 갑 제1호증은 복지의작(福地儀作, 후쿠찌)이 인정하고 이를 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)이 지참하여 항소인은 같은 사람에게 대여하였고, 갑 제1호증 가운데 일보(日步) 금 9전(九錢)과 또한 수취인명(受取人名)인 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라는 문자는, 피항소인 등(상고인) 2인 및 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 승낙한 다음 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)이 인정한 것이라고 주장하였다"고 되어 있으므로, 그 전반의 주장에 의하면, 피상고인은 본소 갑 제1호증의 금원은 그 증서에 차주(借主) 대목축송(大木丑松, 오오끼)이라고 기재되었음에도 불구하고, 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에

노이)에게 대여하였다고 주장한 것과 같고, 또한 그 후반의 주장에 의하면 당해 금원은 소외 대목축송(大木丑松, 오오끼)에게 대여하였다고 주장하는 것과 같다. 그리고 상고인은 같은 사람 등이 보증한 갑 제1호증의 대목축송(大木丑松, 오오끼)의 채무는 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)을 그 채권자로 한 것이고, 피상고인을 채권자로 한 것이 아니라고 항쟁한 것이라면, 상기 피상고인의 주장으로서 그 취지가 전자에 있다면, 당해 증거의 채무자는 위 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 아니라 전지위심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노이)이라는 것이고 따라서 대목축송(大木丑松, 오오끼)의 당해 증거에서의 채무를 보증한 상고인 등에게 보증의무가 없다. 또한, 그 취지가 후자라고 하면, 그 채무자는 대목축송(大木丑松, 오오끼)이라는 것으로, 상고인 등은 이 보증의 의무를 면할 수 없게 되는 이치로 된다. 그 취지의 여하는 본건에서의 가장 중요한 사항이다. 따라서 그러한 경우에 있어서는, 법원은 모름지기 그 취지가 어디인지를 석명한 다음이 아니면 판결할 수 없게 된다. 그럼에도 원심은 그러하지 아니하고 “항소인(항소인은 피항소인의 오기로 인정된다)은 갑 제1호증(차용증) 중, 일보(日步) 금 9전(九錢) 및 수취인명(受取人名)의 부분을 부인하였지만 그 밖의 부분의 성립을 인정하였으므로, 이를 본다면 같은 호증 전부는 진정으로 성립한 것으로 추인할 수 있다. 따라서 갑 제1호증의 금전대차는 일보(日步) 금 9전(九錢)의 약정이자로서 항소인과 소외 대목축송(大木丑松, 오오끼) 사이에 성립한 것으로 인정한다”고 판시한 것은 결국 이유불비의 위법이 있는 판결이 되어, 원판결은 이 점에서도 역시 전부의 파기를 면할 수 없다.

이상 설명과 같이 본 논지는 모두 이유가 있으므로 원판결의 전부를 파기하고 본건을 원심으로 환송하며, 다른 논지에 대한 판단을 생략하고 민사소송법 제447조, 제448조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

29 토지소유권확인 · 인도 및 토지매매증명말소절차청구에 관한 건 〔대정4년민상제112호 1915년 6월 8일 판결〕

【판결요지】

1. 변호사가 아닌 소송대리인이 당사자본인으로부터 소송대리의 허가신청서와 함께 그 대리인 명의의 소장, 항소장 또는 상고장을 제출한 경우에 법원이 그 소송대리인을 허가한 때에는, 그 소송, 항소 또는 상고의 제기는 적법하게 이루어진 것으로 간주하여야 한다.

1. 항소장과 함께 소송대리인의 허가신청서를 제1심법원에 제출하여도 그 대리의 허부는 항소법원에서 하여야 한다.

【제 1 심】 광주지방법원 순천지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 동양척식 주식회사[1)]
대표자 길원삼랑(吉原三郞, 요시와라)
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모또)
【피상고인】 서정구
소송대리인 장도

위 당사자 간의 토지소유권확인 · 인도 및 토지매매증명말소절차 청구사건에 관하여 1915년 1월 29일 대구복심법원 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

---

1) 원문에 누락된 것을 편집자가 보완한 것이다.

원심이 상고 회사의 항소를 부적법하다고 하여 기각한 이유의 요지는, 상고 회사의 항소대리인인 용강의신(龍江義信, 다쯔에)은 변호사가 아니고 또한 제1심법원이 상고 회사의 항소대리인 용강의신(龍江義信, 다쯔에)에게 본건 항소제기의 소송행위의 대리를 허가하였다고 할 수 없으므로, 본건 항소는 소송행위를 할 권능이 없는 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 한 것이어서 허용되지 아니하는 항소라는 것이다. 그러나 조선민사령 제21조에는 소송대리의 허가를 부여하는 형식에 관하여 아무런 규정이 없으므로, 명시적인 허가인지 묵시의 허가인지를 묻지 아니한다. 가령 법원에서 대리인의 소송행위를 인용하고 대리행위를 실제로 실행한 때에는, 즉 소송대리를 허가한 것이라고 말하여야 한다. 본건 상고 회사는 원심에 항소를 제기함에 있어, 특히 용강의신(龍江義信, 다쯔에)을 대리인으로 하여 항소에 관한 소송행위를 대리하게 하기 위한 허가를 바란다는 취지의 소송대리허가원을 첨부하여 항소장과 함께 제1심법원에 제출하였다. 제1심법원은 그 허부에 관하여 명시하지 아니하였지만, 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 상고 회사의 대리인으로서 제기한 항소장을 수리하고 이를 원심에 송부하였으며, 원심은 이에 기하여 구술변론기일을 지정하고 또한 용강의신(龍江義信, 다쯔에)을 상고 회사의 항소대리인으로 인정하고, 그 신청에 기하여 피상고인 패소의 궐석판결을 선고한 것으로, 제1심 및 원심은 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 상고 회사의 항소대리인으로서 항소제기 및 그 밖의 소송행위를 하게 하고 이를 묵시적으로 허가하였음은 역력하므로, 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 상고 회사의 대리인으로서 제기한 항소는 적법하다고 말하여야 한다. 만일 원판결이 말하듯이 제1심법원에서 용강의신(龍江義信, 다쯔에)의 소송대리허가원에 대한 허부를 하지 아니하였다면, 상기 상고이유와 같이 이를 묵시적으로 허가한 것으로 인정하던지, 그러하지 아니하고 아직 그 허부를 결정하지 아니하고 우선 소송행위를 실행시킨 것이라고 하면 매우 모순된 일로서, 오히려 소송대리를 묵시적으로 허가한 것으로 인정하여야 한다. 그럼에도 원심이 제1심법원에서 소송대리를 허가한 흔적이 없다는 이유로 바로 소송대리를 허가하지 아니하여, 상고 회사의 대리인인 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 제기한 항소를 부적법하다고 한 것은, 제1심법원 및

원심 자신이 부여한 소송대리의 묵시적 허가를 무시한 것으로 불법한 판결이다.

살피건대, 조선민사령 제21조의 규정에 기하여 변호사가 아닌 소송능력자를 소송대리인으로 하고 그 명의로 하는 소장, 항소장 또는 상고장의 제출과 함께 당사자로부터 위 소송대리인에 대한 허가신청서를 법원에 제출한 경우에, 법원이 위 대리인을 허가한 때에는 소송, 항소 또는 상고의 제기는 적법한 대리인이 한 것으로 보아야 함은 같은 조의 법의라고 해석함이 상당하다. 그렇다면 이에 반하여 상기 대리인의 허가는 반드시 소장, 항소장 또는 상고장의 제출 이전에 이를 얻을 필요가 있다고 한다면, 같은 령에서 아무런 특별한 규정이 없음에도 법원은 아직 사건이 계속되기 이전에, 소송절차상의 하나의 행위인 소송대리인의 허부를 결정하여야 하는 온당하지 아니한 결과가 초래된다. 또한, 위 신청은 사건이 계속된 이후가 아니면 이를 할 수 없다고 한다면, 소장, 항소장 또는 상고장의 제출은 위 소송대리인의 명의로서는 절대로 이를 할 수 없는 결과가 생긴다. 조선민사령에서 위 소송대리인을 시인하고, 법원이 허가하면 이로써 전반적인 소송행위를 할 수 있음을 허용한 취지를 관철할 수 없기 때문이다. 그리고 상기 소송대리인의 허가는 각 심급마다 이를 받아야 함은 본원 판례(대정4년민항제3호)가 제시하는 바이고, 항소제기의 행위는 조선민사령 제46조의 규정에 의하여 항소장의 제출을 제1심법원에 하여야 함에도 불구하고, 항소심에 속하는 소송행위임이 물론이라면, 위 소송대리의 허부에 관하여는 항소심인 법원의 직권에 속하고, 그 허가가 있을 때에는 위 소송대리인 명의로 한 항소제기의 행위도 유효하다. 따라서 본건 기록에 관하여 조사하건대, 항소장은 항소대리인 용강의신(龍江義信, 다쯔에)의 명의로 제출되고, 또한 대리허가원을 첨부하였으므로 항소장의 제출과 동시에 대리허가의 신청이 있었음은 명백하다. 또한, 원심은 위 항소장을 수리하고 이를 상대방에게 송달하였으며, 제1회의 구술변론기일에 항소대리인 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 선정한 항소복대리인 서촌행태랑(西村幸太郎, 니시무라)의 복대리를 허가하고 그 신청에 기하여 상대방 궐석으로 궐석판결을 한 것이 명백하다. 이상의 절차는 용강의신(龍江義信, 다쯔에)의 소송대리를 유효하다고 인정하지 아니

하면 할 수 없는 이치이므로, 원심은 본건 항소장 제출과 동시에 한 소송대리인 용강의신(龍江義信, 다쯔에)에 대한 허가신청에 의하여 그 대리를 허가한 것이라고 말하여야 한다. 따라서 본건 항소는 원심의 허가를 받은 상당한 대리인에 의하여 이루어진 것이어서, 항소의 제기는 적법하다. 그럼에도 원심이 용강의신(龍江義信, 다쯔에)에 대한 소송위임의 허가원에 대하여 제1심법원이 허가를 한 흔적이 없다고 운운하고, 위임장 중 그 밖의 소송행위 일절이라는 문구 중에 항소제기의 소송행위도 포함한다고 해석하더라도, 역시 이에 관하여 법원의 허가를 받지 아니하고 본건 항소를 제기한 것에 다름 아니며, 그렇다면 본건 항소는 소송행위를 할 권능이 없는 용강의신(龍江義信, 다쯔에)이 항소를 제기한 것이므로, 허용되지 아니하는 항소라고 논단할 수밖에 없다는 취지의 판시를 하고 항소를 기각한 것은, 적절하지 아니하다. 상고논지는 이유가 있으므로 원판결을 파기하고 다시 변론 및 재판을 하도록 한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

30 차지권(借地權)확인청구에 관한 건 〔대정4년민상제98호 1915년 7월 2일 판결〕

【판결요지】

1. 경작전용을 목적으로 하는 영구존속의 차지권(借地權)은 영구소작권이므로, 조선민사령시행 후에는 민법의 규정에 의하여 그 기간을 50년으로 단축하여야 한다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 평양지방법원 신의주지청
【제 2 심】 평양복심법원

【상고인】 민영찬
소송대리인 길무번(吉武繁, 요시다케)
【피상고인】 이태현
소송대리인 이기찬

위 당사자 간의 차지권(借地權)확인 청구사건에 관하여 1915년 2월 15일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 하였으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 평양복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

보통 조선의 관습에 있어서는 개간자가 지주의 승낙을 얻어 미간지를 경작할 차지권(借地權)이라는 것은, 계약 후 3년 이내에는 신소유자에게도 대항할 수 있지만, 당해 기간경과 후에는 이에 대항할 수 없다. 그렇기 때문에 피상고인은 피상고인 주장과 같이 본건 토지에 관하여 차지권을 갖지만, 당해 계약 당시로부터 이미 4년이 경과된 지금 신소유자인 상고인에 대하여 그 차지권으로 대항할 수 없다. 그럼에도 원심판결이 개간자는 소유권자가 아무리 바뀌더라도 영구적으로 당해 토지에 대하여 차지권이 있다고 단정한 것은 위법임을 면할 수 없다.

살피건대, 논지와 같은 관습의 존재는 본원이 이를 인정하지 아니하므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

이에 전항의 이유에서 일보 양보하여 미간지의 개간자는 당해 토지에 대하여 조선의 관습상 영구적인 차지권이 있다고 인정하지만, 공공의 질서에 반하는 불법임을 면할 수 없다. 조선민사령에 물권의 종류 및 효력에 관하여는 민법상의 물권을 제외하고 조선의 관습에 의한다고 하여도, 공공의 질서에 위반하는 관습은 이를 인정하는 취지가 아님은 명백하다. 그렇기 때문에 그와 같은 관습이 과연 공공의 질서에

반하는지의 여부에 관하여, 상고인은 우리 민법 그 밖의 법령이 시행되는 지금에 있어서 그와 같은 관습을 인정하는 것은 공공의 질서에 위반한다고 해석하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 첫째로 그와 같은 영구적인 차지권이라는 것이 토지소유권에 부수함에 있어서는, 소유권의 완전한 권리행사의 정서에 반하는 것으로, 소유권이 있지만 그 실체가 없는 것이 된다. 둘째로 우리 민법 그 밖의 법률에서 권리의 종류 및 성질에 따라 각각 장단의 기간을 정하여 권리보전을 유지하게 하였는데, 당해 기간이라는 것은 권리의 사회적 생명기간으로 사회생활의 안녕, 공공의 질서를 유지할 정신에 기한 것이다. 그렇기 때문에 원심판결과 같이 피상고인의 차지권을 당해 토지에 대하여 영구적으로 존속하게 하는 판결은, 전술한 공공의 질서에 위반하는 것이라고 단정하지 않을 수 없다.

살피건대, 계쟁지가 원래 국유 미간지로서 소외 조선농업 주식회사가 융희 2년(1908년) 중 국유지미간지이용법에 의하여 그 대부(貸付)를 받고, 다시 1913년 중 같은 법에 의하여 부여(付與)받아 완전히 소유권을 취득한 후, 이를 같은 회사로부터 상고인에게 양도된 사실 및 1910년 같은 회사와 피상고인과의 사이에 피상고인 스스로 자본을 투하하여 계쟁지를 개간한 때에는, 매년 수취하는 과실(果實)의 10분의 1을 차지료(借地料)로 정하고 영구히 계쟁지의 경작을 위한 차지권을 취득한다는 취지의 계약을 한 사실, 계쟁지의 소유권이 상고인에게 이전되기 이전 이미 피상고인이 계쟁지 전부의 개간을 완수하고, 같은 회사에 대하여 상기 계약취지에 기한 차지권을 취득한 사실은 모두 원판결이 확정하는 바이다. 그리고 계쟁지가 소재하는 지방에서는, 종래 위와 같이 지주와 계약을 하여 개간한 자는 그 토지를 영구히 경작할 권리를 취득하고, 게다가 그 경작할 권리는 물권적 효력이 있으며 이로써 누구에게라도 대항할 수 있는 관습이 있음은, 원판결이 인정하는 것과 같으므로, 같은 회사로부터 계쟁지의 소유권을 전득한 상고인은, 그 이전에 같은 회사와의 계약에 의하여 피상고인이 취득한 상기 권리의 존재를 거부할 수 없다. 그럼에도 원심은 피상고인이 취득한 위 권리를 가리켜 지상권에 유사한 일종의 차지권이라고 하고, 따라서 그 존속기간이 영구적인 것이 되어도 조금도 공공의 질서에 반한다고

는 말할 수 없다고 판시하였다. 그러나 원판결에서 확정하는 것과 같이, 피상고인이 취득한 권리는 계쟁지에 대한 경작전용을 목적으로 하는 것이라면 그 권리는 영구 소작권(小作權)으로, 이에 계약상 영구의 존속기간을 붙인 것이라고 인정하여야 한다. 그런데 조선민사령시행 이전에 있어서는 그러한 기간의 계약이 유효하다는 것은 두말할 필요가 없지만, 같은 령 시행 후의 오늘에 있어서는, 그 존속기간으로 계약상 이와 같이 50년 이상에 걸친 장기간을 붙이는 일도 있지만, 같은 령에 의한 민법의 규정에 의하여 그 기간은 이를 50년으로 단축하여야만 한다. 그렇다면 원심이 상기와 같이 피상고인의 권리를 물권적 효력을 갖는 차지권이라 하고, 또한 영구적인 존속기간의 계약을 유효라고 인정한 것은 위법하고 본 논지는 이유가 있다. 원판결은 이 점에 있어서 전부 파기를 면할 수 없다. 왜냐하면, 피상고인이 같은 회사로부터 그 권리를 취득한 시기에 관하여 원심은 “계쟁지는 원래 국유미간지로서 소외 조선농업 주식회사가 1908년 중 국유미간지이용법에 의하여 그 대부를 받고, 다시 1913년 중 같은 법에 의하여 부여되어 완전히 소유권을 취득한 후, 이를 같은 회사로부터 피항소인에게 양도된 사실 및 1910년 같은 회사와 항소인과의 사이에 항소인 스스로 자본을 투하하여 계쟁지를 개간한 때에는, 매년 수취하는 과실의 10분의 1을 차지료로 정하고 영구히 계쟁지의 경작을 할 차지권을 취득한다는 취지의 계약을 한 사실은 다툼이 없는 바로서, 계쟁지의 소유권이 피항소인에게 이전되기 이전에 이미 항소인이 계쟁지 전부의 개간을 완수하고, 조선농업 주식회사에 대하여 상기 계약취지에 기한 차지권을 취득한 사실 …, 국유미간지이용법에 의하여 토지의 대부를 받은 것은, 특별한 사유가 없는 한 개간사업의 완성에 의하여 당연히 같은 회사가 계쟁지를 부여받고 완전히 소유권을 취득하는 것이라면, 조선농업 주식회사와 항소인(피상고인)과의 사이에 이루어진 상기 차지계약은 항소인이 같은 회사를 위하여 한 개간사실의 완성에 의하여, 당연히 같은 회사가 계쟁지를 부여받고 그 소유권을 취득하는 것을 예기하고 이를 정지조건으로 하여 이루진 것으로서, 국유지에 대하여 항소인이 차지권을 취득함을 약속한 것이 아니라고 해석하는 것이 온당할 뿐만 아니라, 당심에서의 한교연의 증언에 비추어 보면, 위 해석이

적정하다고 인정하기 충분하다"고만 설시하고, 같은 회사가 계쟁지를 부여받아 그 소유권을 취득한 시기의 확정이 없으므로, 따라서 위 존속기간의 기산점을 정할 수 없으므로 이 점을 심판하게 하기 위하여 본건을 원심으로 환송한다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 주문 중 상고인은 차지료를 매년 수취하는 과실의 10분의 1을 지주인 피항소인에게 납부하고, 영구히 경작할 권리를 갖는다고 한다. 원래 농업회사와 피상고인의 계약 중 전자가 10분의 1, 후자가 10분의 9의 과실을 수취한다는 것은 피상고인이 개간자로서 자금을 투입하고 경작 이외의 노무에 종사한다는 점 및 농업회사에 있어서는 그 당시 국유지라면 아무런 세금의 부담이 없기 때문이다. 그런데 토지소유권이 부여된 오늘에 있어서는, 피상고인에게 있어서 아무런 개간을 할 자금 또는 경작 이외의 노무가 없을 뿐만 아니라, 토지소유자에게 있어서는 오히려 납세부담의 의무가 발생한다. 현재라도 상고인의 이익은 거의 납세의무로 인하여 아무런 이득이 없게 된다. 나아가 앞으로 여러 부가세를 부담함에 있어서는 과실의 10분의 1의 이익으로는 부족하고, 상고인에게 있어서는 당해 토지를 소유하기 때문에 오히려 불이익을 초래하게 되어 소유권을 포기하는 것도 부득이하다. 만일 상고인이 당해 소유권을 포기하려고 하여도 피상고인이 세금을 면제받기 때문에 상고인소유권의 포기가 불가능하다면, 여기에 희극적 소송을 연출하기에 이른다. 생각건대, 농업회사와 피상고인 간의 당해 계약은 미간지에 관한 것으로, 어떻게 사회의 법률상태가 변하거나 또한 경제계의 변동을 초래한다 하여도, 영구히 움직이지 아니한다는 취지가 아니다. 왜냐하면, 계약상 어떻게 규정하여도 사회의 진보, 경제계의 변동으로 인하여 계약은 준수할 수 없는 상태를 초래할 수 있다. 그와 같은 경우에는 계약이 있음에도 불구하고 주위의 상황을 고려하여 당사자가 그 변경을 할 수 있다. 그럼에도 원판결은 미간지에 관한 계약을 수 만년 후까지 영구적으로 동일한 약정의 취지로 준수하여야 한다고 단정한 것은, 불법한 판결임을 면할 수 없다.

또한, 상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심판결에서 인정하였듯이, 피상고인이 본건 논[水田]에 대한 차지

권이라는 것은 물권적 효력에 기하여 제3자 즉 상고인에게 대항할 수 있다고 가정하지만, 피상고인이 본건 논[水田]에 대하여 10분의 9의 과실을 수취하는 것은, 4년 전 피상고인과 농업회사 간에 수의계약을 한 것에 불과하다. 그리고 위 물권적 효력에 기하여 차지권의 존재를 인정한 결과, 당해 계약이 이에 부수하여 당연히 제3자에게 대항할 수 있는 것이 아니다. 왜냐하면, 전술한 피상고인이 10분의 9의 수취를 할 계약은 어떠한 제3자에 대하여 체결한 것도 아니고, 또한 상고인이 이를 승인한 것이 아니다. 과실수취에 관한 계약만은 단순한 일종의 계약에 불과하다. 따라서 그 효력이란 당사자 사이에 그치고, 즉 피상고인과 농업회사 간에 존재함에 불과한 것이다. 그렇기 때문에 원심이 피상고인에게 물권적 효력에 기하여 당해 차지권을 인정한 결과, 당연히 이에 종속하여 그 수의계약의 효력도 제3자에 대하여 당연히 대항할 수 있다고 한 것은, 계약자체의 관계 및 효력을 오해한 위법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결에는 "차지료에 관하여는 일정한 관습이 없으므로 당사자가 자유롭게 그 금액을 협정할 수 있는데, 당초의 설정행위에 의하여 정해진 차지료는 특히 변경을 가하지 아니하는 한 차지권에 종속하여 이와 운명을 같이 하는 것이므로, 피항소인(상고인)은 차지료에 관하여도 그의 전주(前主)인 조선농업 주식회사와 항소인 사이에 이루어진 상기 계약에 의하여 정해진 금액을 답습할 의무가 있다"고 한다. 이를 본다면 이것은 원심이 장래 계쟁지에 대한 공과부담의 증감 그 밖의 경제상의 상황에 의하여 합의 또는 재판상 그 차지료의 증감을 할 수 있음을 인정한 것은, 상기 판결문 중에 있는 "차지료는 특히 변경을 가하지 아니하는 한 …" 등의 문구에 비추어 이를 알 수 있고, 따라서 원판결 주문 중 "차지료로서 매년 수취하는 과실의 10분의 1을 지주인 피항소인에게 납부하고 영구히 경작할 차지권을 갖는 것을 확인한다"고 하는 것도 또한 그 취지임에 틀림없다. 소론과 같이 그 존속기간 중에는 시종 차지료의 증감을 허용하지 아니한다는 원판결의 취지가 아니고, 또한 피상고인과 위 회사 사이에 계약상 협정된 본소의 소작권도 변경되지 아니한 이상, 영구 소작권에 종속하고 누구에 대하여도 그 효력을 갖는 것이므로, 원심이 상기와 같이 설시하고

상고인이 이를 이행할 의무가 있다고 한 것은 상당하고, 본 논지는 모두 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

여기서 일보 양보하여 피상고인 주장의 관습이 있다고 하여도, 당해 관습은 개간자와 지주의 개간에 관한 계약과 개간자의 개간이라는 2가지 요건이 서로 합쳐져, 관습상 일종의 물권적 효과가 발생한다. 그런데 피상고인은 본건 토지를 개간하면서 토지소유자인 국가와 개간에 관한 계약을 하지 아니하고, 대부(貸付)를 받은 농업회사와 다른 날 위 회사가 본건 토지를 부여(付與)받을 때에 피상고인 주장의 권리를 획득할 계약을 한 것에 불과하다. 이것은 즉 피상고인이 농업회사에 대하여 전술한 물권적 계약에 기하여 권리를 취득한 것이 아니고, 피상고인은 보수를 목적으로 하는 일종의 도급 또는 위임대리계약에 기하여 위 회사에 대하여 채권관계가 있으며, 그 효과로서 채권상의 권리를 취득함에 불과하다. 환언하면 피상고인은 본건 토지에 대하여 위 회사의 소유에 속하는 동안에는, 피상고인 주장의 계약에 기하여 권리를 확지(確持)하는 것이다. 그러므로 피상고인이 본건 토지에 대하여 직접 토지소유자와 계약 없이 개간한 단일 사실만으로는, 관습상의 효과로서 물권적 권리를 획득하지 아니한다. 왜냐하면, 개간의 사실이 있다고 하여도, 농업회사가 파산 또는 그 밖의 이유로 해산할 때에는, 국가는 본건 토지를 타인에게 대부(貸付)하거나 부여(付與)하는 것도 자유롭게 할 수 있기 때문이다. 그리고 피상고인은 이에 대하여 별제권 그 밖의 아무런 우선권을 취득하지 아니함이 명백하다. 그렇기 때문에 피상고인은 단지 개간한 하나의 사실만으로 상고인인 제3자에게 대항할 수 있는 아무런 물권적 권리도 취득한 것이 아니다. 그럼에도 원심에서는 전술한 물권적 계약관계 및 그 효과를 혼동하여 피상고인의 채권적 효과의 주장에 기한 권리를 오해하고, 물권적 권리라 하여 상고인에게 대항할 수 있다고 오판한 것은 부당한 판결임을 면할 수 없다.

또한, 상고이유 제6점은 다음과 같다.

원판결 이유의 요점은, 상고인의 차지권은 당초 정지조건부가 되지만, 농업회사가 소유권을 부여받고 조건성취에 의하여 위 차지권은 완

전히 그 효력이 발생하였다는 것이다. 그리고 원판결은 피상고인이 회사를 위하여 개간사업을 하였다고 하고, 피상고인의 개간사업을 회사의 사업이라고 하지만, 원판결 적시사실 중 피상고인이 새로이 보충한 이외에 인용하는 제1심판결 적시사실에 의하여 명백한 바와 같이, 본건 토지의 개간자는 회사가 아니라 피상고인임은 다툼이 없는 사실일 뿐만 아니라, 피상고인의 주장사실 자체에 의하여도 피상고인은 자신의 차지권취득을 위하여 개간을 한 것이고, 회사를 위하여 한 것이 아님은 용이하게 추단할 수 있는 바이다. 그리고 스스로 개간을 하지 아니한 회사가 소유권의 부여(付與)를 받을 수 없음은, 국유미간지이용법 제3조에 “대여를 받은 자가 예정사업을 성공한 때에는 농상공부대신은 그 대부(貸付)를 받은 자에 대하여 그 토지를 불하(拂下) 또는 부여(付與)할 수 있다”는 명문상으로 보아 한 점의 의문도 없으므로, 회사가 개간자로서 토지를 부여받음을 정지조건부로 하는 차(借)계약은 불법한 조건을 붙인 행위로서 무효이다. 만일 판결 설시와 같이 피상고인의 개간사업으로서 회사의 사업이라고 하면, 그 사업의 성공은 회사가 토지의 부여를 받는 조건이 된다 하여도, 피상고인이 차지권을 취득할 조건은 되지 아니하고, 판결 소론과 같이 피상고인은 조건부 차지권을 취득할 수 없다. 아무튼 판결은 법률에 위배하여 사실을 확정함과 동시에 부당하게 법률을 적용한 위법이 있을 뿐만 아니라, 당사자의 다툼이 없는 사실에 반하여 개간자는 회사라고 한 것도 역시 민사소송법의 원칙에 반하는 위법한 판결임을 면할 수 없다.

상고이유 제7점은 다음과 같다.

원래 국유미간지이용법의 정신이란, 척식(拓殖)계약으로 인하여 대부(貸付)를 받은 자가 스스로 개간을 할 때에는 그 보수로서 그 토지를 부여(付與)한다는 취지이므로, 그 부여(付與)를 받으려면 반드시 스스로 개간사업을 성공하여야 한다. 대부(貸付)를 받은 자가 스스로 개간을 하지 아니하고 이를 타인에게 전대하고 전차인으로 하여금 개간을 하게 하고, 한편으로 스스로 그 사이에 이익을 얻으려는 것과 같은 행위는 법률의 정신에 반하는 하나의 탈법행위로서 그 계약은 무효로 하여야 한다. 그럼에도 원판결이 그러한 무효인 전대행위에 효력을 부여한 것은 부당하게 법칙을 적용한 것이다.

살피건대, 국유미간지이용법에 의하여 그 대부를 받은 자는, 스스로 이를 개간하거나 타인으로 하여금 개간하게 하거나 묻지 아니하고, 개간사업의 완성에 의하여 특별한 사유가 없는 이상은 당연히 그 토지를 부여받고 그 소유권을 취득한다. 그렇다면 소외 조선농업 주식회사가 동법에 의하여 대부를 받은 계쟁토지의 개간을 피상고인에게 하게 하고, 개간 완성 후 그 소유권을 취득하는 것은 조금도 탈법행위가 되지 아니한다. 또한, 피상고인과 위 회사 사이에 이루어진 상기 계약은, 피상고인이 위 회사를 위하여 하는 계쟁지 개간사업의 완성에 의하여 당연히 회사의 소유에 귀속됨을 예상하고 이를 정지조건으로 한 것이고, 이와 같은 계약은 조건의 성취와 함께 마치 지주 그 자와의 사이에 이루어진 계약과 그 효력에 있어서 전적으로 동일하다. 따라서 원심이 위 계약을 유효하다고 하고 피상고인이 위 회사로부터 취득한 권리를 관습상 물권적인 것이라고 판시한 것은 상당하므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

이상과 같은 이유로 민사소송법 제447조 및 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

31 이혼청구에 관한 건
〔대정4년민상제140호 1915년 7월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 조선인 사이에 있어서도 남편이 처의 실모(實母)를 구타하여 부상을 입히는 등의 행위를 하여 학대를 가하였을 때에는, 처는 그것을 이유로 남편에 대하여 이혼을 청구할 수 있다고 할 것이다(상고이유 제5점).

【제 1 심】 경성지방법원

【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김정
소송대리인 조천식
【피상고인】 박숙양

위 당사자 간의 이혼 청구사건에 관하여 1915년 4월 2일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인이 상고를 제기하였으므로 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심판결은 단지 상고인이 피상고인의 직계존속친에 대하여 학대 또는 중대한 모욕을 가하였음을 이유로 하고 있다. 그러나 상고인이 결혼 당시인 1911년경부터 본건 사실 발생일 즉 1914년 7월경까지 피상고인 및 그 부모 3인을 부양한 사실은 제1, 2심 각 증인의 증언 및 수사복명서(搜査復命書)에 비추어 명백하다. 또한, 피상고인은 상고인으로부터 동거를 감내할 수 없는 학대 또는 중대한 모욕을 받은 일이 없다는 것은 제1, 2심에서 인정된 바이다. 또, 수사복명서에도 소송제기까지는 불화합(不和合)한 점은 없었다고 되어 있다. 이상의 사실로 미루어 살펴보면, 학대 및 모욕을 처에게도 가하지 아니한 자가 월진승선(越津乘船)[1]하는 것과 같이 그 존속친에 대하여 학대 및 모욕을 가할 이유가 없다는 점이 판명된다. 원심판결 이유 중 항소인이 피항소인에 대하여 질투심을 품고 때때로 피항소인 및 그 부모를 구타하여 자주 보호원(保護願)을 제출하였다고 해도, 위 각 증언에 의하면,

1) 나루를 건너고 나서 배를 탄다는 뜻으로, 일을 순서대로 하지 않고 거꾸로 처리함을 이르는 말.

1914년 9월 4일 본건 사실발생에 대하여 고소 및 소송을 제기한 후이다. 그렇다면 본건 소송에 대하여 소급불능의 증언을 채용한 것은 불법이 현저한 것이고 갑 제1호증 적용법조에 형법 제208조를 적용하고 있는데, 형법 제208조에는 폭행을 가한 자가 사람을 상해하기에 이르지 않은 때에는 구류 또는 과료에 처한다고 규정하고 있음에 비추어 보면, 갑 제2, 3호증 및 증인 하촌중영(下村重英, 시모무라), 귀두의이(鬼頭義ニ, 기또우)의 증언 중 상고인이 피상고인의 실모를 구타하여 그 상흔으로 손바닥 모양의 멍이 있다는 증언을 채용한 것은 옳지 않다. 그럼에도 불구하고, 그러한 증언을 모두 채용한 것은 심히 불법한 판결이다.

그러므로 살피건대 원심판결에 의하면, 원심은 증인 하촌중영(下村重英, 시모무라), 귀두의이(鬼頭義ニ, 기또우)의 증언과 갑 제1호증 내지 3호증의 기재 및 순사 오인길(奥寅吉, 오쿠) 외 1인의 수사복명서 등을 종합하여, 상고인은 그 처인 피상고인과 질투로 인한 싸움을 하여 피상고인을 구타하고, 또한 피상고인의 실모 홍씨도 구타하여 동녀에게 부상을 입힌 것에 그치지 아니하고, 흙발(土足)로 홍씨 부부의 거실에 뛰어들어가 몽둥이로 기물을 파괴하였고, 이로 인하여 상고인은 북부경찰서에서 구류 7일의 즉결처분을 받았는데, 그 후에도 피상고인 및 그 부모를 구타하고 또한 동인들에 대하여 폭행을 가한 사실이 있으며, 그러한 행위는 그 배우자의 직계존속친에 대하여 학대를 가한 것으로서, 이는 조선에서도 관습상 이혼을 청구할 수 있는 정당한 원인이 있는 것이라고 판시하여, 피상고인의 본소 청구를 정당하다고 인정한 것으로서, 원심의 증언 채용상에 어떠한 위법이 있는 것이 아니다. 요컨대, 위 주장은 원심의 직권에 속하는 사실인정과 증거판단을 비난하는 것에 불과하여 적법한 상고 이유가 되지 않는다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심판결 이유 중 항소인은 피항소인 및 그 부모에 대하여 질투 및 폭행을 하였다고 하지만, 남편이 처의 불미스런 점에 대하여 질책하거나 또는 말로 타이를 때에 의사의 충돌로 경우에 따라서는 싸움에까지 이르게 되는 것은 어느 가정에서나 종종 있을 수 있는 일이다. 그런데 예로부터 조선에 전해오는 말에 가정싸움은 칼로 물을 베는 것

와 같아서 잠시 후면 그친다고 하는 격언도 있다. 만약 이와 달리 사건을 중대하게 구성하여 고소 또는 소송을 제기하기에 이르게 되면 이는 폭행 또는 질투에 가까운 것이 된다. 그리고 증인 하촌중영(下村重英, 시모무라)의 증언에서 원고의 부모가 보호원을 제출한 것이 부부싸움의 원인이 되었다고 하고, 증인 귀두의이(鬼頭義ニ, 기또우)의 증언에서 피고는 상당한 신분을 가진 자인데 처가 단의(單衣)로 외출하는 것을 힐책한 것이 원인이라고 한다. 이로써 추측하여 보면, 일시적인 가정싸움에 불과함에도 홍씨가 갑자기 사실을 구성하여 고소 또는 이혼소송을 제기한 것은, 유녀(幼女)를 이용하여 일시 불의(不義)한 부귀를 도모할 악계를 품은 것으로서, 그 사실은 증인 정인원의 증언에 비추어 명백하다. 또한, 자신이 사건을 중대하게 만들고, 한편으로는 애매하게 구성하고 있다는 것은 증인 추전길병위(秋田吉兵衛, 아키다), 정씨녀의 증언으로 명확하다. 그럼에도 불구하고, 상고인이 피상고인의 직계존속친에 대하여 학대 또는 중대한 모욕을 가하였다고 판결한 것은, 증거채용상 중대한 위법이 있는 판결이다.

그러므로 살피건대, 위 상고이유 주장은 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하고 있는 것에 지나지 않으므로 적법한 상고이유로 삼을 수 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

본건 사실에 대하여 다시 직권으로 조사를 한 것은 다소 의문점이 남는다. 그리고 증인 정인원, 하촌중영(下村重英, 시모무라), 귀두의이(鬼顯義ニ, 기또우) 및 갑 제1, 2, 3호증이 모두 북부경찰서에서 입증한 것이라면, 이러한 사실증거의 의문점을 밝히기 위하여는 조사상 반드시 다른 방법이 있을 것임에도 그러한 방법을 사용하지 아니하고, 또한 다시 같은 경찰서에 촉탁한 것은 바로 엄이도령(掩耳盜鈴)[2]에 다름 아니다. 또한, 오인길(奧寅吉, 오쿠) 외 1인의 수사복명서를 참조하면, 제옥(齊玉)은 부랑죄(浮浪罪)로 15일의 구류에 처해졌지만 어떠한 비행도 없었다는 것이다. 그렇다면 같은 경찰서에서는 무죄한 인민

2) 귀를 막고 방울을 훔친다는 뜻으로, 모든 사람이 그 잘못을 다 알고 있는데 얕은 꾀를 써서 남을 속이려 함을 이르는 말.

을 처형한 것이 되는바, 이와 같이 무법한 경찰서에서 상고인도 애매하게 구류의 형을 받았던 것이다. 또, 김정은 이전부터 점점 주색에 빠져 상업에도 열심이지 아니하고 가산을 기울게 해 거액을 투자한 상업을 그만두고, 다시 다른 사람과 동업하였다가 또 실패하고, 그 후 같은 번지에 있는 이순창의 상점에 고용되어 금 15원으로 생활을 하였으나, 김정이 주색에 빠진 결과 그 상점도 역시 실패로 끝나게 되었다. 만약 경찰의 직책을 가진다고 함으로서 초동목수(樵童牧叟)도[3] 속일 수 없는 것을 순사멸공(循私蔑公)하는 것과 같이 하는 수사복명서가 있을 수 있는가. 정말로 김정이 주색에 빠져 거액을 투자한 상점을 실패하였다고 한다면, 이웃인 탁기술, 이한승이 이와 같이 신분이 불미스러운 자와 어째서 동업을 한 것인가. 또한, 3인의 동업 중 김정 한명만이 상업에 실패한다는 것도 불가능한 일이다. 더군다나 이순창의 상점에서 고용인의 한사람인 김정이 실패한 사실이 있다고 해도 김정의 신분에 비추어 그러한 일이 있었다면, 처음부터 고용하지 않았을 것임이 당연할 것이다. 또한, 그러한 일이 있었다면 이전에 벌써 해고하였을 것이다. 그리고 일개 고용인 때문에 상점을 실패하였다고 하는 점에서 추측해 보면, 본건에 대하여 이전에 같은 경찰서에서 수차례 입증이 허위라는 점을 엄호하는 복명서에 지나지 않는 것이 되는 까닭에 원심이 다시 같은 경찰서에 조사촉탁을 하는 것은, 소위 장량(張良)의 소식을 장량에게 묻는 것과 다를 바 없게 된다. 그럼에도 이에 대하여 단지 그 사실 및 증거조사의 결과에 대하여 당사자에게 아무런 신문을 하지 아니하고, 갑자기 판결선고를 하는 것은 인사소송절차법 제14조에 위반되는 불법한 판결이다.

살피건대, 본건과 같이 조선인 간의 인사소송에 있어서 검사는 사실 및 증거방법을 제출할 수 있는 것이므로, 원심이 원심 검사로부터 제출된 북부경찰서 순사 오인길(奧寅吉, 오쿠) 외 1인의 수사복명서를 증거로 채용한 것은 위법하지 아니하다. 또한, 원심 구두변론조서에 비추어 보면, 원심은 위 복명서를 당사자에게 제시하고 피상고인이 이를 증거로 인용하였음이 명백하다면, 원심이 그 증거조사의 결과에 대

---

3) 땔나무를 하는 아이와 가축을 치는 노인.

하여 당사자에게 아무런 신문을 하지 아니하였다고는 말하기 어렵다. 그 밖의 상고이유 주장은 원심의 직권에 속하는 증거의 취사와 그 판단을 비난하고 나아가 사실의 인정을 부당하다고 공격하는 것에 다름 아니므로, 모두 이유 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심 증인 북부경찰서 고등계 정인원은 광주헌병대에서 행한 박제옥 및 홍씨의 신분소행조사보고와 같은 경찰서에서 같은 해 11월 중 박제옥을 부랑자로서 구류에 처한 때에 동인 부부 및 숙양의 신분조사기록 원본이 그 경찰서의 고등계에 있다고 진술하였다. 그때 조사한 같은 경찰서의 고등계주임 교본청(橋本淸, 하시모또)을 증인으로 하여 위 두 사건기록을 휴대하고 출두할 것을 신청하였음에도 이를 각하한 것은 향우지탄(向隅之歎)[4]이다. 또한, 을 제1호증 박숙양의 신위(身位)에 동인의 실모는 정씨라고 기재되어 있고, 같은 호증은 피상고인이 인정하는 바이다. 또, 민법 제776조 및 민적법 제5항에 의하여 상당한 절차를 구비한 것이고, 또한 증인 정인원의 증언에 박숙양의 실모는 원래 정씨 성을 가진 여자로서 이미 타에 혼인하였으며, 박제옥은 이 홍씨와 간통 동거하였다고 하는 진술이다. 피상고인은 을 제1호증을 인정한 이상에는 실모는 바로 정씨라고 자인한 것이다. 그 밖에 민법 제776조, 민적법 제5항 및 증인 정인원의 증언에 비추어 보아도, 박숙양의 실모는 정씨임이 명백하다. 그리고 원심판결 이유 중 상고인이 홍씨에 대하여 학대 또는 중대한 모욕을 가한 사실이 있다고 가정해도, 위와 같이 피상고인의 실모가 아닌 홍씨를 배우자의 직계존속친이라고 함으로써 이러한 사실을 간과하고, 단지 상고인이 피상고인의 직계존속친을 학대 또는 중대한 모욕을 가하였다는 이유만을 판결한 것은 사실을 간과하거나 이유불비의 위법이 있는 판결이다.

그러므로 살피건대, 증인환문의 허부는 사실심의 직권에 속하는 것이므로, 원심이 상고인의 증인 교본청(橋本淸, 하시모또)에 대한 환문신청을 각하한 것은 그 직권의 당연한 행사라고 할 것이어서 위 상고이유 주장의 전단부분은 그 이유가 없다. 또한, 원심판결이 인용한 제

4) 좋은 기회를 만나지 못한 것을 한탄함.

1심판결의 사실적시에 비추어 보면, 홍씨가 피상고인의 실모라는 점에 대해서는 당사자의 주장이 일치한다는 것인데, 그렇다면 피상고인이을 제1호증의 성립을 인정한 것은 단지 서증 그 자체의 성립을 인정한 것에 지나지 않는 것이지, 홍씨가 실모가 아니라는 사실을 인정한 것은 아니다. 그리고 원심이 증거에 기하여 상고인은 피상고인의 실모인 홍씨를 학대하거나 비행이 있었다고 인정한 것이라면, 위 상고이유 주장의 후단부분은 결국 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것이 되므로 적법한 상고 이유가 되지 않는다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원심판결 이유에서는 배우자의 직계존속친을 학대하거나 또는 중대한 모욕을 가한 경우에는 효도를 중요시하는 조선관습에 따라 이혼을 청구할 수 있는 정당한 원인이 된다는 논점을 제시하였으나 이는 조선상전(常典) 및 관습을 크게 오해한 것이다. 왜냐하면, 효도는 바로 삼강오륜의 일부분이고, 조선상전 및 관습이 오로지 효도만을 중시하는 것이 아니라, 부부는 오륜의 시작이자 삼강의 근본이므로 공자도 왈 “부부가 있은 후에 오륜이 생긴다”고 하고 있고, 열녀전에서도 ‘부자천야천고불가도부고불가리(夫者天也天固不可逃夫固不可離)’라고 하고 있으며, 또한 ‘부자이부위천소앙망이종신사생이지이진부도(婦者以夫爲天所仰望而終身死生以之以盡婦道)’라고 하고 있다. 예기에서는 일여지제(一與之齊)에 종신불개역상(終身不改易象)이고, 부인정길(婦人貞吉)하게 종일이종(從一而終)하며, 또한 부인은 남편이 존재할 때에는 그 부모의 상을 당하여도 호소중복(縞素重服)을 입지 않는다고 하고 있다. 이상 서술한 바는 모두 고금을 막론하고 단지 여자에 대하여는 효도를 하도록 하는 것이 불가능하기 때문에 삼강오륜 중 특별히 삼종(三從)의 중의(重義)를 별정하였다는 것이다. 이 삼종의 중의는 조선여자만에 한하여 상전이 된다고 할 것이 아니라 혼인에 있어 세계 보편적인 원칙이 되는 것이다. 여자에 대하여 이러한 삼종의 중의 없이 단지 효도를 중시하도록 한다면, 효도의 의의는 바로 증자(曾子)의 소위 ‘혼정이신성음식(昏定而晨省飮食)’에 항상 멀리 떨어지지 아니하여야만 가능하다는 것이 효’라는 것이 되어, 그 여자가 부모의 슬하에서 멀리 떨어져 출가외인이 되면 불효의 죄는 이보다 심한 것이 다시

없게 된다. 그렇다면 원심판결의 요지와 같이 여자에게 효도만을 중시하게 되면, 오륜의 근본인 부부를 조성할 수 없게 되어 인류의 생식이 멸절되므로 효도라는 개념을 사용하지 않은 것이다. 따라서 삼종의 중요한 의의는 '재가종부출가종부부사종자(在家從父出嫁從夫夫死從子)'라고 해서 여자로서 출가한 이상에는 그 부모에 대하여 효도를 하도록 하는 것이 불가능하기 때문에 의례(儀禮)에서도 '부고사가유기정례(婦顧私家踰其正禮)'라고 하고, 열녀전에서도 '역친지명무위부자(逆親之命無違夫子)' 또는 '부인은 이부위천(以夫爲天)하여 적어도 가이전부명수사부사인욕함구상사부주(可以全夫命雖死不辭忍辱含垢常事夫主)'로 한다고 하고 있다. 이것은 모두 조선여자의 본분상 항상 지켜야 하고 잊어서는 안 되는 예의경법(禮義經法)으로서, 이를 단지 관습이라고 하는 것에 대하여는 유속기후왕촉(猶屬其后王蠋)에서 '충신불사이군열녀불경이부(忠臣不死二君烈女不更二夫)'라고 하고, 의례(儀禮)에서 '부지사부유오일유군신지의즉하이어신지사군고자렬국시징서사초왕왕선음기모차즉부지구야위보부구이반기군(婦之事夫有五一曰有君臣之義卽何異於臣之事君古者列國時徵舒事楚王王宣淫其母此卽父之仇也爲報父仇而叛其君春秋)'라고 하며, 춘추에서 대역불도(大逆不道)라고하여 특별히 반박을 하고 있다. 이번 피상고인의 소위 효이혼이라는 것은 말하자면 징서지위부반군거(徵舒之爲父叛君距)와 다르지 아니하다. 지금으로부터 50년 전에 김병국대신에게 한 청년이 질문하기를, 한 여자가 아버지 및 남편과 동행하여 얼음 위를 건너다가 아버지와 남편 모두가 하나의 얼음 구멍에 같이 빠졌는데, 여자의 능력으로서는 그 두 사람을 일시에 구하는 것이 불가능하여 한 사람만을 구출하는 외에 다른 도리가 없게 되었다. 그런데 아버지를 구하면 남편이 빠지게 되고, 남편을 구하면 아버지가 빠지게 되는데 어느 쪽을 구하여야 하느냐고 물었다. 대신은 이에 대하여, 남편을 구하고 아버지를 빠지게 하면 이는 불효이고, 그 아버지를 구하고 남편을 빠지게 하면 이것은 삼종의 대의에 위반되므로 회답하기 곤란하나, 그 부인에게 대답하기를 이는 불난유신지사군필선충후효(不難猶臣之事君必先忠後孝)이므로 여자로서 일단 출가종부(出嫁從夫)한 이상은 효도보다도 삼종의 의미가 중대하므로, 남편을 구하여 여자의 본분, 즉 삼종의 중의를 우선한 다음 아

버지를 따라 죽음으로서 불효를 사죄하여야 한다고 하였다. 이에 청년은 우리의 어머니가 정말로 그러한 일을 하였지만 아직 포상의 전을 받지 못하였다고 하자, 대신은 즉시 그 문에 기를 꽂고 마을에 알리라고 하였다. 그리고 이것은 '위기부이함기부상가정문표려(爲其夫而陷其父尙可旌門表閭)'라고, 이상 각 예사(禮史)에 기록되어 있는바와 같이 여자로서 출가종부(出嫁從夫)한 후에는 무가고효(無暇顧孝)임이 명백하다. 그런데 홍씨가 피상고인의 직계존속친이 된다고 가정하여 상고인으로부터 학대 또는 모욕을 받은 사실이 있다고 하여도, 피상고인은 부도(婦道)를 다하여 남편을 감화시키거나, 만약 그것이 불가능하다면 오히려 그때에 죽어 그 불효를 사죄하는 것이 여자의 당연한 본분이 된다. 그런데도 가정내의 일시적인의 충돌에 불과함에도 돌연 이혼을 구하는 것은 바로 삼강의 근본과 삼종의 대의에 배치된다. 따라서 조선 4,000년의 역사 이래 아무리 사실관계의 경중을 따지지 않더라도, 처(婦)로서 남편(夫)에 대하여 이혼을 청구하기 어렵다는 것은 상전 및 관례상 명백하다. 당초 이혼이라는 두 글자의 문법 및 용어도 미소견문(未所見聞)임에도, 원심판결의 요지 중 조선의 관습상 효도를 중시하여 이혼의 청구를 정당하게 하는 원인이 되었다고 한 것은, 관습을 오해하여 조선에서 향상 지켜져야 하는 여자의 중대한 예의를 배척한 절대적으로 불법한 판결이다.

그러므로 살피건대, 조선인 사이에서도 이혼을 청구할 수 있는 정당한 원인이 있으면 처도 역시 남편에 대하여 그 청구를 할 수 있는 권리가 있다는 것은 본원이 시인하여 온 바이다. 그리고 원심은 증거에 기하여, 상고인은 자신의 처인 피상고인의 실모를 구타하여 부상을 입히는 등의 행위를 하였다고 하고, 이러한 행위는 같은 사람에 대하여 학대를 가한 것이 되므로, 그와 같은 것은 관습상 일방의 배우자가 그 직계존속친을 학대한 다른 배우자에 대하여 이혼을 청구할 수 있는 정당한 원인이 있는 것으로 된다고 판시한 것으로서, 그 판시는 정당하므로 위 상고이유 주장은 이유 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

원심판결은 그 이유가 단지 상고인은 피상고인의 직계존속친에 대하여 학대 또는 중대한 모욕을 가한 것을 이유로 하여 판결한 것이다.

그러나 1911년 2월 18일 당사자 사이에 성립된 혼인계약서(을 제2호증)의 취지 중 “어떠한 장애가 생겨도 변하지 않기로 한 금석(金石)의 약속을 서로 승낙하고 이에 서약한다”는 뜻의 기재와, 또 그 계약서 말미에 피상고인의 직계존속친인 주혼자(主婚者) 박제옥이 기명날인하고 있는 점을 종합하여 본다면, 당사자 사이에 혼인계약이 성립한 당시 피상고인의 직계존속친인 박제옥이 그 계약의 취지대로 따르고, 후일 어떠한 장애가 생겨도 변하지 않기로 한 금석(金石)의 약속을 서로 승낙함을 승낙한 사실이 있음이 명백하다. 그렇다면 가령 원심판결의 이유와 같이 상고인이 피상고인의 직계존속친에 대하여 중대한 모욕을 가한 사실이 있다고 하더라도 을 제2호증의 취지에 반하여 피상고인은 상고인에 대하여 이혼을 청구할 수 없음이 당연할 뿐만 아니라, 을 제2호증과 같은 혼인계약도 민법상 일종의 계약임은 두말할 필요가 없다. 또한, 조선의 관습상 혼서지(婚書紙)와 같은 서약서라면 그 계약상 어떠한 하자도 없는 이상은 이를 당사자 일방이 임의로 해제할 수 없음은 조선 관습상 특례이고, 또 민법상의 원칙이다. 그리고 원심판결 이유 전부를 살펴보아도 을 제2호증의 계약이 그 당시 당사자 간에 아무런 하자가 없었다고 하는 점과 제1심 이래 피상고인은 을 제2호증의 작성된 취지에 대하여 아무런 이의를 제기한 바 없음에도 불구하고, 원심법원은 을 제2호증에 대하여는 원심판결 이유 중에서 아무런 설명도 하지 않은 채 이를 배척하는 판결을 한 것은 이유불비의 위법한 판결이다.

그러므로 살피건대, 을 제2호증의 계약취지가 과연 상고인의 주장과 같은 의의를 가지는 것이라고 한다면, 그 계약은 절대무효인 것이 되므로 그러한 이유에서 이를 증거로 채용하지 아니한 원심판결은 정당하다. 그리고 채용하지 아니하는 증거에 대하여는 그 채용하지 아니하는 이유를 설시할 필요가 없는 것이므로, 원심에서 그에 대한 설명을 하지 않았다고 해도 위법이 아니다. 따라서 위 상고이유 주장도 이유 없다.

상고이유 제7점은 다음과 같다.

전술한 바와 같이 원심법원은 상고인이 피상고인의 직계존속친에 대하여 학대 또는 중대한 모욕을 가하였음을 이유로 하여 판결하였다.

그러나 증인 정인원의 진술을 살펴보아도 피상고인의 직계존속친이라고 사칭하는 홍씨의 소행이 부정함을 쉽게 추지할 수 있을 뿐만 아니라, 예전에 홍씨는 실제로는 피상고인의 실모가 아니라 음분녀(淫奔女)로서 피상고인을 사창가에 출입하도록 한 사실이 있음이 명백하다. 그렇다면 원심판결 이유와 같이 설령 피상고인의 직계존속이라고 사칭하는 홍씨에 대하여 중대한 모욕을 가한 사실이 있다고 해도, 그 모욕 또는 학대는 홍씨의 부정한 행위로 인하여 자초한 것이다. 그러므로 이를 이혼의 정당한 원인이라고 인정하는 것은 현재의 조선 여자사회가 단지 여식을 기화(奇貨)로 인식하여 허영의 욕망을 달성하려고 하는 이때에, 소위 홍씨와 같은 존속친이 여러 가지 악계(惡計)로서 외부인이 알기 어려운 가정 내의 애매한 사실을 가지고 본건과 같은 이혼 분쟁을 일으키고, 선량한 풍속을 손괴하여 안녕질서를 유지할 수 없게 되는바, 이는 법률이 허용할 수 있는 것이 아니다. 때문에 조선의 관습상 여자로서 일자출가(一自出嫁)한 이상에는 어떠한 사정이 있다고 하여도 남편에 대하여 이혼을 청구할 수 없다고 하는 특이한 전례(典禮)가 있음에도 불구하고, 단지 상고인이 피상고인의 직계존속친에 대하여 학대 또는 중대한 모욕을 가한 것만을 이유로 하여 판결한 것은 조리상 적당하지 아니하고, 또한 관습 및 전례를 무시한 위법한 판결이다.

그러므로 살피건대, 위 상고이유 주장의 전단 부분은 원심판결이 인정하지 아니한 사실을 주장하고, 이를 전제로 하여 원심의 직권에 속하는 사실의 인정을 비난하는 것이므로 적법한 상고이유가 되지 않는다. 위 상고이유 주장의 후단 부분도 이유가 없음은 상고이유 제5점에서의 설명을 참조하여 이해할 수 있다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

32 대금(貸金)청구에 관한 건
〔대정4년민상제137호, 제164호 1915년 7월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 채권양도의 사실을 인정한 이유로 단지 정황에 비추어 …라고 설시하였을 뿐, 그 정황이 무엇인지를 구체적으로 설시하지 아니한 판결은 이유불비이다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 부산지방법원 거창지청
【제 2 심】 대구복심법원
【부대피상고인】 김봉은
소송대리인 삼도미사랑(森嶋彌四郞, 모리시마)
복대리인 용본이(瀧本理, 다키모또)
【부대상고인】 강춘사
소송대리인 고교장지조(高橋章之助, 다까하시)

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1915년 3월 9일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 김봉은의 상고 및 강춘사의 부대상고가 있으므로 당원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

원심판결 중 피항소인은 항소인에 대하여 금 82원을 지급하라는 부분 중 금 20원에 관한 점 및 소송비용은 피항소인의 부담으로 한다는 점을 파기하고, 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

그 밖의 상고 및 부대상고는 이를 기각한다.

부대상고비용은 부대상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

소비대차와 소비임치(수탁자가 계약에 의하여 임치물을 소비할 수

있는 경우의 임치를 설명의 편의상 임시로 소비임치라 약칭한다)와는 당사자의 목적, 성질, 효력을 달리하여 이를 동일시 할 수 없다는 것은 민법 제587조, 제657조 및 제660조의 규정을 서로 대조하여 보면 명백하다. 본건에서 피상고인은 제1심 이래 소의 원인을 소비대차라고 주장하고, 그 사실로서 “원고(피상고인)는 피고(상고인)에 대하여 계묘년(1903년) 6월부터 갑진년(1904년) 11월까지 사이에 수회에 걸쳐 원금 221원을 대여하고, 1905년 음력 11월 12일 이에 이자를 더하여 금 256원의 대금으로 경개하여, 변제기한을 다음 해 음력 11월 말, 이자를 연 5할로 정하였는데, 상고인은 이에 대하여 1906년 5월에 금 118원을 이자로 지급하였을 뿐 나머지를 지급하지 아니므로, 경개한 금원 중 이자를 포기하고 원금 221원을 청구한다”고 주장하고 있음은, 소장, 제1심 구두변론조서, 제1심판결, 제1심궐석판결 및 제2심 제1회 구두변론조서의 기재에 의하여 명백하다. 그런데 제2심 제2회 구두변론기일에 이르러 피상고인은 그 주장을 변경하여 “본건의 금원은 대금이라는 취지의 주장을 하면서도, 그것만이 아니고 피항소인(상고인)에게 맡겨 피항소인에게 이용을 허용하는 임치를 한 것이다”라고 주장하였다. 이와 같은 2개의 사실주장을 대조하여 보면, 전자는 그 사실이 소비대차이고, 후자는 그 사실이 소비임치라는 것이 명백하여 소의 변경에 해당함에도 불구하고, 원심법원이 아무런 이유도 설명하지 아니하고 만연히 이를 동일한 사실이라고 인정한 것은 이유불비의 재판이다.

그러므로 살피건대, 소의 원인에 변경이 없다고 하는 재판에 대하여 불복을 신청할 수 없다는 것은 민사소송법 제197조가 규정하는 바로서, 이 규정은 같은 법 제408조에 의하여 제2심에 있어서도 준용되어야 하는 것이라면, 제2심에서 원인에 변경이 없다고 하는 재판이 있을 때에는 이에 대하여 다시 불복을 신청할 수는 없는 것이다. 원심에서 상고인은 피상고인이 제1심 이래 제2심 제1회 구두변론기일에 이르기까지 본소 청구의 원인을 대금이라고 하고, 제2심 제2회 구두변론기일에 이르러 이를 예탁금이라고 경정한 것은 원인의 변경이라고 하는 항변을 제출한 것에 대하여, 원심은 피상고인이 처음에는 대금 즉 소비대차라고 진술하고 후에 이를 예탁금 즉 소비임치라고 주장하였지만, 모두 동일사실에 대한 법률상의 해석으로서 소의 원인을 변경한

것은 아니라고 재판한 것이므로, 그 재판에 대하여는 앞서 본 바와 같은 이유로 불복을 신청할 수 없는 것이므로 위 상고이유 주장은 이유 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

금원을 수수하는 법률관계는 단지 소비대차 또는 소비임치에만 국한되지 아니하고, 경우에 따라서는 순수한 임치를 위하여 이루어지는 일도 있다. 또한 매매, 증여 등을 위하여 이루어지는 경우도 있다. 따라서 금원수수의 원인에 관하여 다툼이 있는 요인(要因)계약의 경우에 있어서는, 주동적으로 원인의 확립을 주장함에 있어 이익을 갖는 자가 그 원인을 입증하지 않으면 안 된다(1911년 2월 27일 선고 건물등기말소 청구사건에 대한 당원 판례). 본건에서 피상고인은 제1심 이래 소의 원인을 소비대차(또는 소비임치)라고 주장하고, 그 내용사실로서 (1) 1903년 음력 6월 3일 원금 20원, (2) 같은 해 음력 10월 24일 원금 40원, (3) 같은 해 음력 12월 15일 원금 10원, (4) 1904년 음력 7월 5일 원금 20원, (5) 같은 해 음력 9월 16일 원금 71원, (6) 같은 해 음력 10월 30일 원금 60원 합계 221원을 상고인에게 빌려주고, 그 변제기한을 1905년 음력 11월 말, 그 이자를 연 5할로 정하였지만, 1905년 음력 11월 12일 연체된 이자를 원금에 산입하여 원금을 256원으로 경개하였다. 그런데 상고인은 이에 대하여 "1906년 5월에 금 118원을 이자로 지급하였을 뿐, 그 나머지의 지급을 하지 아니하여 경개한 금액 중 이자를 포기하고 원금 221원을 청구한다"고 주장하였다(제1, 2심판결의 사실적시, 제1, 2심 구두변론조서, 제1심궐석판결 사실적시 대조). 그리고 제2심판결에서 인용한 제1심판결 사실적시 중의 "원고는 계묘(癸卯)년 6월부터 갑진(甲辰)년 11월까지 사이에 피고에 대하여 수회에 걸쳐 원금 221원을 대부…"라는 것은 상기 6회의 대여금의 각 원금, 각 대부 연월일을 일일이 열거하는 번잡을 피하고, 포괄적으로 병합약기(倂合畧記, 병합하여 생략 기재)한 것이다. 그런데 이에 대한 상고인의 항변은, (1) 1904년 음력 10월 초순 금 77원, (2) 같은 달 30일 금 60원을 전답(田畓)매수를 위하여 임치하였는데, 같은 해 음력 11월 12일에 이르러 피상고인의 의뢰에 따라 전답의 매수를 중지하고, 피상고인의 부(夫) 노사언에게 상고인 명의로 금 200원을 빌려주라는 의뢰를

받고, 그 자금으로 그 후 위 (1), (2)의 합계 금 137원 외에 (3) 수회에 걸쳐 현금 43원과 (4) 노사언이 피상고인에게 차입한 금액 20원의 증서를 임치(물론, 무이자)를 한 것이라고 주장한다. 그러나 금원 및 증서 수수의 원인이 전혀 상위할 뿐만 아니라, 피상고인의 주장에 관련된 (6)의 60원의 채무를 제외하고는 그 금액, 연월일 등이 전혀 서로 일치하지 아니한다(피상고인의 제2심 진술 중에도 “피항소인이 받았다고 하는 고령군의 사람으로부터 받은 금 80원과 항소인이 보내서 받았다고 하는 60원은 항소인의 주장과 부합하지만, 피항소인이 주장하는 43원의 돈과 20원의 증서라는 것은, 항소인의 주장과 부합하는 것이 아니다”라고 한다). 그런즉 피상고인이 그 주장하는 바인 경개(更改)한 소비대차관계에 관하여는 물론, 경개 전의 위 6회의 소비대차관계에 관하여 먼저 입증하지 않으면 안 되는 책임이 있는 것이다. 그런데 원심판결은 “피항소인(상고인)은 항소인(피상고인)으로부터 처음에는 토지매수의 위탁에 의하여, 후에는 피항소인의 명의로 노사언에게 대여하라는 의뢰에 의하여 금원 및 증서를 예탁하고, 이를 노사언에게 대여한 것이라고 주장한다고 하여도, 입증이 없으므로 용도의 지시 없이 그 교부를 받은 것으로 인정한다”라고 설명한다. 그리고 이 하나의 사유만으로 바로 본건의 법률관계를 소비임치라고 속단하였는바, 이 점에 대한 원심판결은 일면에서는 거증책임을 전도한 불법이 있고, 다른 일면에서는 이유불비의 하자가 있음을 면할 수 없다.

그러므로 살피건대, 피상고인은 당초 계묘(癸卯)년 6월부터 갑진(甲辰)년 11월까지의 사이에 상고인에 대하여 수회에 걸쳐 금 221원을 대여하였으므로 그 반환을 청구한다는 취지의 주장을 하고, 상고인은 이에 대하여 갑진(甲辰)년에 피상고인이 상고인에게 금원을 맡아달라는 의뢰를 하였으므로 이를 승낙하였는데 그 당시 피상고인이 고령군에 사는 사람으로부터 받아야 할 금 80원을 받아 맡아달라고 한 것에 관하여, 위 80원을 받고 그 중 3원은 비용으로서 공제하고 나머지 77원을 맡아두고, 그 후 또 60원을 맡아(중략) 합계 금 180원을 맡아두었으며, 또한 20원의 증서의 교부를 받았다는 취지로 답변하였다. 제2심 제2회 구두변론기일에 이르러 피상고인은 본소 청구금을 대금이라고 주장하였지만, 정말로 예탁금이라는 취지로 경정하고 상고인은 위 경

정에 대하여 원인의 변경이라고 항변하였다는 점은, 원심판결 및 같은 판결에서 인용하는 제1심판결의 사실적시 및 원심 구두변론조서에 의하여 명백하다. 그리고 원심은 원인의 변경이 아니라고 재판하였으므로, 이점에 관하여 상고인이 어떠한 불복을 신청할 수 없음은 이미 상고이유 제1점에 대한 부분에 설명한 바이다. 때문에 피상고인은 제1심 이래 본소 금원은 예탁금 즉 소비임치라는 사실을 주장하였던 것이고, 상고인도 역시 제1심 이래 예탁금이라고 주장하였으므로, 이 점에 관하여 당사자의 주장은 일치한다고 말할 수 있을 것이다. 그리고 피상고인은 제1심에서 수회에 걸쳐 원금 220원을 빌려주고, 1905년 음력 11월 12일에 이에 이자를 더한 금 256원의 대금으로 하고, 변제기한을 다음 해 음력 11월 말, 이자를 연 5할로 정하였다는 사실을 주장하였다는 점은 기록상 명백하다. 그러나 위의 내용은 당사자 간에서 종래의 채무를 소비대차로 경개하였다는 취지에 다름 아니어서, 예탁금의 계산상 위와 같이 된다는 사실을 진술한 취지라고 해석할 수 있으므로 그 예탁 금액에 관하여는 당사자 간의 진술이 일치하지 않는 바가 있다고 하더라도, 상고인은 피상고인으로부터 합계 금 180원을 맡아두고 또한 20원의 증서의 교부를 받은 것을 자인하였으므로, 피상고인이 임치하였다고 주장하는 금액에 대하여 일일이 증거에 의하여 이를 설시할 것을 요하지 아니한다. 상고인이 자인하는 위 금액은 상고인으로부터 피상고인에 대하여 변제하여야 할 의무가 있다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 어떠한 거증책임을 전도한 바가 없으며 또한 이유불비의 점도 없으므로, 위 상고이유 주장은 이유 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심판결에 “노사언의 항소인(피상고인)에게 지불을 약속한 20원의 증서의 수령은 그 정황에 비추어 반증이 없는 한 권면액(劵面額)으로 양도를 받은 것으로서, 같은 금액은 대금(또는 예탁금) 중에 산입된 것으로 해석하여야 하는 것이므로, 피항소인은 항소인에 대하여 200원을 변제하여야 하는 것이라고 인정하여야 한다”고 하여, 위 20원에 대한 증서에 관하여는 피상고인으로부터 상고인에 대한 채권양도라고 인정하였다. 원래 사실의 인정은 사실심의 직권에 속하는 것이라고 하여도, 함부로 이유를 부회(附會)하여 사실을 망단(妄斷)하는 것은 법이

허용하는 바가 아니다. 원심판결에서 소위 “그 정황에 비추어”라고 한 것은 어떠한 정황을 가리킨다는 것인지 아무런 지시하는 바가 없으므로 판단할 수 있는 근거가 없다. 또한, “반증이 없는 한은”이라고 하지만, 증서를 수수하는 것이 항상 반드시 채권의 양도가 되는 것은 아니고, 특히 당시에는 조선 일반의 현저한 관습으로서 채권의 양도에 관하여는 제3채무자의 승낙을 얻어야 했다. 그런데 원심판결은 제3채무자의 승낙의 유무에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하였다. 특히 20원의 증서를 피상고인이 상고인에게 교부하였다는 사실은 오히려 피상고인이 원심에서 부인하는 바(원심 구두변론조서의 항소대리인 진술 중에 “피항소인이 주장하는 43원의 돈과 20원의 증서는 항소인의 주장과 부합하지 아니한다. …”라고 되어 있다)이므로, 채권양도의 인정을 하려면 우선 그 전제로서 피상고인이 상고인에 대하여 20원의 증서를 교부한 사실을 확정하여야 한다. 그런데 원심판결은 이러한 전제사실의 확정을 유탈하였다. 또한, 사실의 인정은 당사자의 주장을 기본으로 하여야 하는 것인데, 당사자의 일방은 증서를 교부한 사실이 없다고 말하고, 다른 일방은 증서를 임치받았다고 주장하는 경우에, 사실심이 어느 주장도 기본으로 하지 아니하고 채권의 양도라고 인정함은 단송(斷訟)의 법칙에 위반하는 것이다. 요컨대, 이 점에 대한 원심판결은 이유불비, 입증책임 전도, 관습무시, 단송(斷訟)법칙 위배 등의 불법이 있다.

살피건대, 민사령 시행 이전에 있어서는 조선인 사이에 있어서의 소비대차 또는 소비임치 등에 관한 채권의 양도는 채무자의 승낙을 얻지 아니하면 양도의 효력이 발생하지 아니하고, 채권증서를 교부하였다는 사실은 그 채권이 추심을 위하여 하는 것이거나 혹은 그 밖의 사유에 기한 경우도 있는 것이므로, 교부라는 한 가지 사실만으로 바로 채권의 양도라고 하여 유효하다고 할 수는 없는 것이다. 원심판결이 확정한 사실에 의하면, 계쟁 20원의 증서는 노사언이 피상고인에게 지급을 약속한 것으로서 민사령 시행 수년 이전에 이를 피상고인에게 교부한 것이라면, 그 증서의 채권을 피상고인이 상고인에게 양도함으로써 예탁금에 산입한 것이 된다고 하는 사실을 인정하기 위하여는, 채무자가 그 채권의 양도를 승낙한 사실이 있는지, 또는 양수인은 채

무자로부터 그 지급을 받았는지의 여부에 불구하고 그 증서의 권면액(劵面額)을 예탁금으로 산입하는 것을 승낙하고 그 교부를 받았다는 등 그 밖에 그 양도가 유효하다는 사유를 설시하여야 한다. 그런데 이 점에 관하여 원심판결에서는 “노사언의 항소인(피상고인)에게 지급을 약속한 20원의 증서의 수령은 그 정황에 비추어 반증이 없는 한은 권면액으로 양도를 받은 것으로 하여, 동액을 대금(또는 예탁금) 중에 산입한 것으로 해석하여야 할 것이기 때문에, 피항소인(상고인)은 항소인(피상고인)에 대하여 200원을 변제할 의무가 있다고 인정하여야 한다”고 설시하여, 그 채권의 양도를 인정한 이유로서는 단지 그 정황에 비추어 …라는 문구가 있음에 그치고, 구체적으로 설시하지 않았으므로 그 정황이란 과연 어떠한 정황을 가리키는지 막연하고 이를 알 수가 없어, 결국 채권의 양도를 인정한 이유의 설명을 결여한 것이 된다. 그러므로 상고이유와 같은 이유불비의 위법이 있는 재판으로서 이를 지적하는 상고이유의 주장은 그 이유가 있고, 원심판결은 이 점에 관하여 일부 파기를 면할 수 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심판결에 의하면, “피항소인에 대하여 현금 132원을 변제하였다는 취지의 주장을 하지만 입증이 없으므로 …”라고 되어 있다. 그러나 피상고인은 원심에서 상고인에 대하여 금 221원의 채권이 있다고 주장하였음에도 불구하고 이에 대하여는 아무런 증거가 없고, 단지 원심은 상고인이 피상고인으로부터 현금 합계 180원과 노사언 명의의 20원의 채권증서를 수탁하였다고 하는 자백만을 증거로 하여, 상고인은 피상고인에 대하여 금 200원의 채무가 있다고 인정하였다. 그러나 상고인의 자백은 단지 현금 180원과 20원의 채권증서를 수탁한 바가 있다고 하는 단순한 자백이 아니다. 그 수탁한 현금 180원에 대하여는 현금 132원과 대금 48원의 가옥을 반환하였다고 하는 직접적인 반대사실을 불가분적으로 가지고 있는 자백이다. 따라서 이 자백을 채용하여 단송의 자료로 이용하려면 그 전부를 불가분적으로 판단의 자료로 이용하여야 한다. 만약 그 자백을 분할하여 상고인에게 불이익한 점만 피상고인의 이익으로 채용하고, 상고인에게 이익이 되는 점은 이를 포기하여 상고인에게 다시 입증책임을 부담시킨다고 하는 것은, 소송인에 대

하여 간접적으로 거짓말을 가르치고 장려하는 것이 되어, 사회의 도의는 날로 파괴되어 가기에 이를 것인데 어찌 채증법의 정신이 될 것인가. 왜냐하면, 사실 그대로를 아무런 은폐하는 바 없이 아무런 허식도 없이 성실하게 진술하였더니, 전반의 불이익한 부분에 관하여는 상대방의 이익의 증빙으로 채용되고, 후반의 자신의 이익이 되는 부분에 관하여는 다시 입증하지 아니하면 고려하지 않는다고 한다면, 결국에는 누구라 하더라도 사실을 그대로 성실하게 진술하지 않거나, 또는 부인 은폐함으로써 법원을 속일만하다고 생각하게 될 것이기 때문이다. 따라서 반대사실을 동반하는 자백은 이를 불가분적으로 채용하여 판단의 자료로 제공하여야 한다. 그런데 원심은 상고인의 진술을 분할하여 현금 180원과 20원의 증서를 수탁하였다는 전반 부분만을 채용하여 상고인에게 200원의 채무가 있다고 인정하고, 이미 반환하였다는 후반 부분에 관하여는 이를 유기하여 입증이 없으므로 이를 채용할 수 없다고 판단한 것은 채증법칙에 위배된 판결이다.

그러므로 살피건대, 당사자의 일방이 상대방의 주장사실을 인정하고 이와 동시에 새로운 사실을 부가 주장하는 때에는, 그 부가주장의 사실에 대하여 상대방이 이를 인정하지 않는 이상은, 그 인정하지 않는 사실에 대하여는 주장자가 이를 입증할 책임이 있다. 따라서 이 경우에 사실심은 상대방의 주장을 인정한 부분만을 채용하고, 그 부가주장한 새로운 사실로서 상대방이 인정하지 않는 부분에 관하여는 그 주장을 인정하지 않아야 하는 것이다. 본소 피상고인은 상고인에 대하여 원금 221원을 예탁하였다고 하여 그 반환을 청구하고, 상고인은 이에 대하여 수회에 걸쳐 금 180원을 맡아두고 또한 20원 증서의 교부를 받았음을 자백하고, 이에 부가하여 그 채무는 그 후 변제하였다는 취지의 주장을 한 것은, 원심판결 및 같은 판결에서 인용한 제1심판결의 사실적시에 의하여 명백하다. 따라서 피상고인이 예탁하였다고 하는 금 221원 중 금 180원에 관하여는 상고인이 피상고인의 주장사실을 자인한 것이므로, 이 부분에 관하여는 자백이 있는 것이라고 하여야 한다. 그리고 위 금액은 그 후 현금 132원과 48원 상당의 가옥으로서 이를 변제하였다고 하는 상고인이 부가 주장한 사실에 대하여, 피상고인은 상고인으로부터 금 118원을 수령하였다고 자백하고 그 밖에는

이를 인정하지 않고 있으므로, 그 인정하지 않는 부분에 관하여는 상고인에게 입증책임이 있다. 따라서 원심판결에서 예탁금에 관하여 상고인이 예탁을 인정한 금액은 상고인이 피상고인으로부터 임치를 받은 것이라고 인정하고, 그 변제금에 관하여는 피상고인이 상고인으로부터 수령하였음을 인정한 금 118원만 변제한 것이라고 하여 그 금액을 공제하고, 잔액에 관하여는 그 변제한 것을 입증하지 않았기 때문에 이를 인정할 수 없다고 판시한 것은 정당하고, 전혀 상고이유 주장과 같은 위법한 점이 없다. 위 상고이유 주장은 이유 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원심판결은 “상고인이 본건 금원 중에 피상고인이 거주하는 가옥을 대금 48원으로 평가하고 현금의 변제에 대신하여 피상고인에게 교부하였다”라고 하는 상고인의 주장사실을 부정하는 이유로서, “피항소인(상고인)은 노사언에 대하여 228원의 채권을 가지고 노사언 사망 후 그 부(父) 노응섭은 그 중 160원을 현금으로 지급하고, 증서에 대한 20원은 지급을 거절하여 48원은 위 가옥으로 변제에 대신하여 계산을 마쳤다는 것을 인정할 수 있다고 해도, 변제 당시 위 가옥이 노사언의 소유에 속하는지 여부가 명료하지 아니할 뿐만 아니라, 노사언과 피항소인과의 위 변제 계약에 의하여 가옥은 피항소인의 소유로 귀속하게 되었다는 것을 항소인이 승인하고, 항소인은 피항소인에 대한 본건 금원의 변제에 대신하여 피항소인으로부터 그 양도를 받은 사실을 인정할만한 아무런 증거가 없다. 따라서 피항소인이 위 가옥을 다른 곳에 매매한 점에 대하여 당사자 간에 다툼이 없다고 하여도, 이에 의하여 항소인은 피항소인으로부터 본건 금원의 일부의 변제에 대신하여 양도를 받은 것이라고 할 수는 없다”라고 설명하고 있다. 그러나 그 가옥은 노사언이 상고인으로부터 차용한 금원으로 매수한 것이라는 점은 피상고인이 원심에서 인정하는 바로서(원심 제1회 구두변론조서의 항소인 진술 중에 “항소인 거주의 가옥은 노사언이 피항소인으로부터 빌린 650량 중에 포함되는 것으로서, 노응섭이 피항소인에게 지급한 것이 된다”라고 되어 있다), 원심 증인 노원칙도 같은 취지의 증언을 하였으며, 또한 원심판결 이유 중에도 “항소대리인(피상고인)의 주장에 의하면, 그 가옥은 노사언이 항소인에게 증여할 목적으로 매수한

…"라고 되어 있어 노사언의 소유임이 명백하다. 따라서 피상고인이 매수와 동시에 노사언으로부터 증여를 받았다고 주장하려면, 당연히 수증 사실을 입증하여야 한다. 그런데 피상고인이 그 입증을 하지 않았으므로 그 가옥은 여전히 노사언의 소유라고 인정하는 것이 증거법칙에 적합한 것이다. 그리고 노사언의 사망 후 상고인이 노사언에 대한 채권 중 48원의 대물변제로서 노사언의 부(父) 노응섭으로부터 그 가옥을 받았다는 사실은 원심판결에서도 이를 인정하였을 뿐만 아니라, 피상고인도 원심에서 이를 인정하는 바이고(원심 제1회 구두변론조서 항소인 진술 중에 그 가옥은 노사언이 피항소인으로부터 빌린 600원 중에 포함되는 것으로서 노응섭으로부터 피항소인에게 지급된 것이라고 되어 있다), 또한 피상고인이 제출한 갑 제2호증에도 "또한 240량 가옥대금 4월 20일(又二百四十兩家屋貸 四月二十日)"이라고 명기되어 있다. 그리고 피상고인이 그 후 그 가옥을 다른 곳에 매각한 사실에 관하여도 원심판결에서 인정하는 바이므로, 조리 및 증거법칙에 비추어 상식적이고 공평하게 연역한다면, 상고인 주장과 같이 상고인으로부터 피상고인에 대하여 대물변제로서 그 가옥의 소유권을 이전한 것이라고 인정하여야 함에도, 원심판결이 권리의 이전에 관하여 아무런 증거가 없다고 하여 이를 부정한 것은 폭단(暴斷)이 매우 심한 것이라고 하지 않을 수 없다. 만일 원심판결에서 인정한 바와 같이 그 가옥의 소유권이전 사실을 인정할 수 없다고 한다면, 피상고인의 매매행위는 형법상 횡령죄를 구성하거나 또는 민법상의 불법행위가 되는 것과 같은 부조리한 결과가 발생하기에 이른다. 즉, 이 점에 관한 원심판결은 조리 및 증거법칙에 위배하여 부당하게 사실을 확정한 것이다.

그러므로 살피건대, 본건 금원의 변제에 대신하여 계쟁가옥을 피상고인에게 양도하였다고 하는 상고인의 주장사실은 피상고인이 전적으로 부인하는 바이고, 또한 그 가옥을 노사언이 자신의 소유로 할 의사로 매수하였다는 것은 원심이 인정하지도 아니한 사실이므로, 피상고인이 주거하는 그 가옥의 매수자금이 우연히 노사언의 수중에서 나온 것이라고 해도, 그 한 가지만으로 그 가옥이 노사언의 소유에 속하는 것이 된다고 인정하여야 하는 것은 아니다. 따라서 원심은 피상고인이 주거하는 계쟁가옥을 변제에 대신하여 노응섭과 상고인과 사이에 계

산을 마쳤다고 하는 당시에 과연 노사언의 소유에 속하는지 여부가 명료하지 아니하였을 뿐만 아니라, 피상고인이 상고인에 대한 본건 금원의 변제에 대신하여 상고인으로부터 위 가옥의 양도를 받았다고 하는 사실을 인정할 만한 아무런 증거가 없다고 설시하여, 위 계쟁가옥으로 대물변제를 하였다고 하는 상고인의 주장을 배척한 것은 정당하고, 거기에 조금도 상고이유 주장과 같은 위법한 점이 없다. 위 상고이유 주장은 이유 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

원심 제1회 구두변론에서 피상고인이 상고인의 질문에 대하여 석명한 바에 의하면, "항소인(피상고인)의 본소 청구는 1905년 음력 11월 12일에 이자를 더하여 256원으로 경개한 것 중 그 이자만은 이를 포기하고, 원금 221원을 청구한 것이다"라고 되어 있다. 즉, 본건은 1905년 음력 11월 12일에 경개된 신계약을 직접 원인으로 하여 청구한 것임이 명백하므로, 원심은 우선 이 신계약의 존부를 제1차적인 쟁점으로서 판단하여야 하는 것이다. 그런데 원심판결은 이 점을 전혀 망각하고 아무런 설명도 하지 아니한 것은 소위 심리미진 및 이유불비의 재판이다.

그러므로 살피건대, 원심 제1회 구두변론조서에 피상고인의 진술로서, 본소 청구는 1905년 음력 11월 12일에 이자를 더하여 256원으로 경개된 것 중 그 이자만은 이를 포기하고, 원금 221원을 청구하는 것이라고 신청하는 취지의 기재가 있다. 일견 경개된 신계약에 기하여 청구하는 것처럼 보이지만, 이미 원리금을 합계하여 경개를 한 것이라고 한다면 합산한 금액이 경개에 의한 채무가 되어야 하는 것이므로, 그 후에 원금과 이자를 분리하여야 할 이유가 없다. 그런데 피상고인은 본소에서 원금과 이자를 분리하여 원금만을 청구한 점과 원심 구두변론조서의 전취지를 참조하여 고려하면, 위 조서에 경개라는 문자를 사용하고 있는 것은 채무의 경개를 하였다는 뜻이 아니라 예탁금의 원리금을 계산하면 합계 256원이 되는데 약속 기한 내에 상고인이 지급하지 아니하여 본소에서 그 중 이자를 포기하고 원금 221원의 청구를 하는 것이라고 해석하여야 할 것이므로, 원심판결에서 경개계약의 존부에 관하여 특히 설명을 할 필요가 없다고 하여 그 설명을 하지

않은 것이 위법하다고 할 수 없다. 위 상고이유 주장은 그 이유 없다.

부대상고이유 제1점은 다음과 같다.

부대상고인은 본건 항소장에 기재한 바와 같이 금 221원을 청구하였는데, 원심판결은 상고인에 대하여 그 주문 중에 금 82원의 지급을 명하였을 뿐 나머지 청구액에 관하여 아무런 판단을 하지 아니한 것은, 쟁점에 대하여 판결을 하지 아니한 불법한 재판이다.

그러므로 살피건대, 주된 청구나 부대청구의 전부 또는 일부의 재판을 할 때에 탈루된 것이 있을 때에는 추가재판의 신청에 의하여 판결을 보충하여야 하는 것이므로, 이로써 상고의 이유로 삼을 수는 없는 것이다. 원심판결에 의하면, 피상고인(부대상고인)의 본소 청구는 예탁금 221원의 지급을 구하는 것이고, 이에 대하여 원심은 증거에 의하여 위 청구금액 중 82원만 상고인(부대피상고인)이 지급할 의무가 있으며, 그 밖의 청구는 그 이유가 없다는 취지를 설시하였다. 그리고 그 판결의 주문에서는 단지 "피항소인(부대피상고인)은 항소인(부대상고인)에 대하여 금 82원을 지급하여야 한다"라고만 기재하고, 그 나머지의 청구에 관한 재판을 유탈한 것은 상고이유 주장과 같다고 하여도, 앞서 살펴본 바와 같이 위와 같은 경우에는 추가재판의 신청에 의하여 이를 보충하여야 하는 것이어서 상고이유로 삼을 수 없는 것이므로, 위 상고이유 주장은 이유 없다.

부대상고이유 제2점은 다음과 같다.

금원대차관계에 대해 당연히 이자가 발생한다는 것은 법률이 예정하는 바이다. 그리고 그 이율을 정할 때에는 소위 법정이율에 의하여 이를 산정하여야 하는 것이고, 부대상고인은 당초에 이자를 포기한 것이 아니며, 이미 수취한 118원 이외의 이자를 포기한 것에 불과하다. 그 금액이 이자로서 과부족이 있다는 점은 별개의 문제라고 해도, 원심판결과 같이 이자의 약속이 없는 것이라고 인정하는 것은 부당하게 사실을 확정한 불법한 판결이다.

그러므로 살피건대, 피상고인(부대상고인)은 본건 예탁금은 이자를 부가하여야 하는 계약이라는 취지를 주장하고, 상고인(부대피상고인)은 이를 부인한다. 그리고 원심판결에는 "계쟁 예탁금에 관하여 이자계약이 있다는 취지의 항소인의 주장은 갑 제1호증 이외에는 입증이

없지만, 위 증거는 신뢰할 수 없으므로 이를 채용하지 아니한다"고 판시하였다. 본건의 예탁금은 이자를 붙이는 계약이 아니라는 것, 다시 말해 무이자채권이라고 인정한 것임이 판결문상 명백하고, 이것은 사실심의 사실인정 및 증거판단의 범위에 속하는 사항이므로, 전혀 위법한 바가 없다. 이것을 부당하다고 하는 위 상고이유 주장은 원심이 직권을 당연히 행사하는 것을 비난하는 것에 다름 아니어서 적법한 상고이유가 되지 않는다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 일부분은 그 이유가 있지만, 그 밖의 상고 및 부대상고는 어느 것이나 그 이유가 없으므로 민사소송법 제447조 제1항, 제448조, 제452조, 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

33 토지인도 및 손해배상청구에 관한 건 〔대정4년민상제147호 1915년 7월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제563조 제3항이 규정하는 손해배상의 청구권은, 같은 법 제564조의 "전조에 규정한 권리"에 포함된다.

[참 조] 대금감액의 청구 또는 계약의 해제는 선의의 매수인이 손해배상의 청구를 하는 것을 방해하지 아니한다(민법 제563조 제3항).

전조에 규정한 권리는 매수인이 선의인 때에는 사실을 안 때로부터, 악의인 때에는 계약한 때로부터 1년 내에 이를 행사할 것을 요한다(민법 제564조).

【제 1 심】 부산지방법원

【제 2 심】 대구복심법원

【상고인】 김윤명

소송대리인 장곡천팔이랑(長谷川八二郎, 하세가와)

【피상고인】 서병조

위 당사자 간의 토지인도 및 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 3월 24일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인의 상고가 있으므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주　문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이　유】

상고이유는 다음과 같다.

원심판결은 민법 제724조를 적용하지 아니한 부당한 것이다. 왜냐하면, 본건 상고인이 피상고인의 선대 서병돈으로부터 매수한 답(畓) 200두락(斗落) 중 41두락은 소외 박주면의 소유였기 때문에, 상고인은 동인에게 소구당해 결국 그 41두락의 답을 추탈(追奪)당하게 됨으로 인하여 입게 된 손해의 배상을 청구한 것이다. 그리고 피상고인의 선대인 서상돈의 행위는 가령 고의에 의한 것이 아니라 하여도, 적어도 과실이 있는 것이라고 하여야 한다. 고의・과실로 인하여 타인에게 손해를 입힌 자는 그 배상의 책임을 지는 것은 원래 당연한 조리이다. 그런데 본건 사항은 민법시행 전에 발생한 것이므로 조선민사령 제81조, 민법시행법 제31조, 민법 제724조를 적용하여 그 시효의 성부를 판정하여야 하는 것이다. 그럼에도 불구하고, 원심판결이 이에 나아가지 아니한 것은 법칙을 적용하지 아니한 부당한 판결이라는 것이다. 추가상고이유는 다음과 같다. 원심판결은 민법 제563조, 제564조를 부당하게 적용한 불법이 있다. 민법 제564조 후단의 1년 내에 이를 행사할 것을 요한다는 규정은 단지 해제권의 행사를 제한함에 그치고, 손해배상청구기간에 관한 것이 아니다. 왜냐하면, 동조에 "전조에 규정한 권리는 매수인이 선의인 때에는 사실을 안 때로부터, 악의인 때에는 계약한 때로부터 1년 내에 이를 행사할 것을 요한다"고 되어 있다. 그런데 매수인이 악의인 때에는 손해배상의 청구를 할 수 없음은 같

은 제561조, 제563조 제3항이 규정하는 바이다. 그런데도 여전히 손해배상청구권에 관하여 악의인 때에는 계약한 때로부터 1년 내에 이를 행사하여야 한다는 규정이라고 말할 수 없음은 물론이므로, 제564조의 행사기간의 제한은 단지 해제권에 대한 규정이라고 해석할 수밖에 없다. 실제로 해제권의 행사는 선의·악의를 묻지 아니하고 이를 행사할 수 있는 것임은 동조의 규정상 명백하다. 민법 제563조 제3항에서 "대금감액의 청구 또는 계약의 해제는 선의의 매수인이 손해배상의 청구를 하는 것을 방해하지 아니한다"고 규정함은, 이러한 경우에 있어서도 여전히 손해가 있으면 배상청구를 할 수 있다는 취지를 명시한 것에 불과하므로, 그 규정이 있음을 연유로 하여 제564조의 행사기간의 제한이 대금감액, 계약해제 및 손해배상청구의 전부에 관계된다고 할 수 없다. 또한, 민법 제567조, 제568조의 각 경우에 있어서 양조 모두 손해배상청구를 할 수 있다는 취지를 규정하면서도, 그 청구기간을 규정하지 아니하고 있으므로 이 경우에는 각 배상권이 발생한 원인에 따른 시효법의 범위에서 그 청구를 하는 것이 당연하다. 그리고 양조 규정의 각 경우는 소유권의 전부 또는 일부에 관한 경우를 포함하는 것임은 물론이므로 이를 앞에서 말한 제563조 소정의 경우와 대조한다면 서로 같은 것이어서 단지 제563조는 매매의 목적물건이 매매 당시 타인에게 속하고, 제567조는 같은 물건이 매매 당시 매도인의 소유에 속한다는 것과 제568조는 제563조, 제567조 소정의 각 경우를 포함한다는 차이가 있음에 불과하다. 그리고 이 차이는 미미하므로 제563조 소정의 배상청구권은 1년의 제한기간에 따르고, 나머지는 통상시효에 의하는 것이라고 해석하기에 충분하지 아니하다. 그러므로 여러 가지 권형상 모두 통상의 시효법에 의하는 것이라고 해석하여야 한다. 이것은 요컨대, 권리의 행사를 제한하는 것과 같은 것은, 반드시 명문의 규정이 있음을 요한다는 것이 원래 당연한 것이기 때문이다. 그렇다면 민법 제566조 규정의 경우에 있어서는 같은 조 제3항에서 명백하게 계약의 해제 또는 손해배상의 청구는 매수인이 사실을 안 때로부터 1년 내에 이를 할 것을 요한다고 규정하고 있으므로, 같은 조의 경우에 한하여 통상시효에 의하지 않는다는 점을 명시하였다. 그런데 제564조는 이러한 명문이 없으므로 이 점에서 보아도 위 상고이유 주

장과 같이 해석함이 당연하다고 할 것이다. 따라서 원심판결에는 상기 제563조, 제564조를 부당하게 적용한 불법이 있다고 확신한다.

그러므로 살피건대, 민법 제563조 제3항에는 “대금감액의 청구 또는 계약의 해제는 선의의 매수인이 손해배상의 청구를 하는 것을 방해하지 않는다”라고 되어 있어, 이미 매매의 목적물이 일부 추탈된 경우에 선의의 매수인의 손해배상청구권을 인정한 이상은 그 다음 조인 제564조의 “전조에 규정한 권리”라는 것은 대금감액의 청구 또는 계약해제 이외에 손해배상청구권도 포함하는 것이라고 해석함이 상당하다. 매매목적물의 일부추탈의 경우에 있어서 법률이 권리행사의 기간을 단축하고 있는 이유는 추탈부분의 측정이나 그 밖의 사정에 관하여 시일이 경과함으로 인하여 발생하는 조사의 곤란을 피하려는 취지임에 틀림없다. 그리고 그 조사의 곤란을 초래할 우려가 있다는 점은 대금감액의 청구 또는 계약의 해제를 하는 경우와 손해배상을 청구하는 경우에 있어서 굳이 다를 바가 없음에도 불구하고, 오직 손해배상을 제외하여 보통 채권의 시효에 따르도록 할 특별한 이유가 없는 것이다. 원심판결에 의하면, 상고인은 피상고인의 선대인 서상돈으로부터 매수한 토지 중 본소의 토지가 소외 박주면의 소유에 속하는 것이라고 하여 동인 때문에 추탈당하였으므로, 그 상속인인 피상고인에 의하여 본소 손해배상을 청구한다는 취지의 주장을 하는 것으로서 그 청구는 민법 제563조의 경우에 해당하여 그 적용을 받아야 하는 것이므로 같은 법 제564조에 의하여 그 청구권은 상고인이 본소의 토지가 위 박주면의 소유에 속한다는 것을 안 때로부터 1년 내에 이를 행사할 것을 요하고, 만일 위 기간을 경과한 때에는 그 청구권은 당연히 소멸하는 것이다. 그리고 원심은 증거에 기하여 상고인이 본소 토지의 소유권이 박주면에게 속한다는 것을 안 때로부터 1년을 경과한 1914년 2월 27일에 본소를 제기한 것이므로, 동조를 적용하여 상고인의 청구권은 소멸한 것이라고 판시하여 그 청구를 기각한 것은 정당하므로, 위 상고이유 주장은 모두 이유가 없다.

따라서 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

34 토지소유권확인 및 증명말소절차청구에 관한 건
〔대정4년민상제158호 1915년 7월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 토지조사령에 의한 사정(査定) 또는 재결(裁決)과 사법법원의 재판과는 각자 독립하여 사권관계를 확립하는 것이다(추가상고이유 제1점).

1. 사정 또는 재결이 확정한 사실은 당사자가 이를 주장하지 아니하면 사법법원에서 그 사실의 유무를 조사할 의무가 없는 것이다(상동).

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 서돈순
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모또)
【피상고인】 이순향

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 증명말소절차 청구사건에 관하여 1915년 4월 13일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인의 상고가 있으므로 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인은 제1심 이래 본건 계쟁부동산은 피상고인이 상고인의 첩(妾)이 되어 상고인가에 들어올 때 생가로부터 지참하거나 또는 들어온 후에 매수한 것으로서 상고인 명의로 가장하여 둔 것에 불과하다고 주장하고, 상고인은 그 부동산은 원래 상고인의 소유로서 이를 피상고인에게 증여 또는 매각 등을 한 일이 없다는 취지로 항변하여, 서로 계쟁부동산에 대한 자기의 소유권을 주장하고 그 취득 원인에 관한 입증을 하였다. 그럼에도 불구하고, 원심법원은 상고인이 갑 제1호증의 1로서 피상고인의 소유권을 승인한 것이라고 하여 상고인에게 패소를 선고하였지만, 원래 상고인의 소유이므로 승인에 의하여 피상고인의 소유가 될 리가 없음에도 불구하고 갑 제1호증의 1에 의하여 상고인이 피상고인의 소유권을 승인한 것이라고 한 것은, 이에 의하여 상고인으로부터 피상고인에게 소유권이 이전한 것이 되는지 또는 피상고인 주장과 같이 피상고인이 들어올 때 지참하거나 그 후 매수하여 소유한 것인지, 그 이유가 불명이어서 당사자의 쟁점인 본래의 소유권자가 누구인지를 심리 확정하지 아니한 것은 이유불비의 불법이 있다.

추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

피상고인은 본건 계쟁물은 1914년 6월 16일 이전 상고인 이외의 자로부터 취득한 토지로서 원래 피상고인의 소유이고 상고인의 소유가 아니라고 주장하고, 상고인은 계쟁지는 피상고인이 타인으로부터 취득하여 소유한 것이 아니라 원래 피상고인은 지금부터 35년 전 즉 15세 때에 기생으로 들어와 상고인의 첩이 된 것이기 때문에 동인은 계쟁지를 타인으로부터 취득할 자력이 없었고, 계쟁지는 원래 상고인의 소유였던 것이라고 항변한 것은 제1심판결 및 원심에서의 당사자의 변론의 전취지에 비추어 명백한 바이다. 과연 그렇다면 본건 주요쟁점은 계쟁지는 피상고인이 타인으로부터 취득한 것인지 여부에 있고, 계쟁지가 상고인의 소유인지 여부는 본건에 있어서는 오히려 부차적인 것이다. 왜냐하면, 본건은 피상고인이 상고인에 대하여 계쟁지의 소유권을 확인하려고 하는 것으로서, 상고인이 피상고인에 대하여 계쟁지의 소유권을 확인하려는 것은 아니기 때문이다. 이 논리에 오류가 없다면, 피상고인이 계쟁지를 타인으로부터 취득한 사실이 없으므로 계쟁

지는 피상고인의 소유가 아니라는 결론이 된다. 계쟁지가 상고인의 소유인지 여부는 더 이상 판단할 필요가 없게 된다. 그런데 원심은 본건 주요쟁점인 계쟁지는 피상고인이 취득한 것인지 여부의 쟁점에 관하여는 아무런 판시가 없고, 오히려 피상고인의 청구의 당부에 직접적인 관계를 가지지 않는, 계쟁지는 상고인의 소유가 아니라는 이유로 계쟁지를 피상고인의 소유라고 인정하는 이유로 한 것은 중요한 쟁점에 대한 판단을 유탈한 것이고, 또한 이유불비의 불법이 있다.

그러므로 살피건대, 피상고인의 본소 청구의 취지는 본건 부동산은 피상고인이 상고인의 첩이 되어 상고인가에 들어올 때에 생가로부터 지참하거나 또는 상고인가에 들어온 후에 매수 혹은 교환한 것으로서 보존의 편의상 상고인 소유 명의로 가장하여둔 것에 불과하다. 그러므로 1914년 6월 16일 상고인으로 하여금 피상고인의 소유임을 인정하게 하고 그 명의개서의 절차에 착수하였는데, 상고인은 이에 대하여 이의신청을 하고 피상고인의 소유임을 부인하며 상고인의 소유라는 취지를 주장하고, 또한 상고인이 계쟁지에 관하여 소유권의 보존증명을 받았으므로 본소 청구에 이르게 된 것이라고 한다. 상고인은 이에 대하여 본건 계쟁지에 관하여 상고인 명의로 보존증명을 받은 사실을 인정하고, 본소의 토지는 피상고인의 소유가 아니라 원래 상고인의 소유이고, 전에 피상고인에게 증여, 매각 등을 한 적이 없다고 답변하고 있는 점은 원심판결 및 원심판결이 인용하는 제1심판결의 당사자 쌍방의 사실적시에 비추어 명백하다. 본건의 쟁점은 계쟁지의 소유권은 피상고인에게 있는지 여부로서, 만약 그 소유권이 피상고인에게 있다고 결정될 때에는 본소 피상고인의 청구는 정당한 것으로서 시인되어야 하고, 그렇지 않은 때에는 그 청구는 배척되어야 하는 것으로서 그 당부는 무엇보다도 소유권의 존부 여하에 의하여 결정하여야 하는 것이다. 그리고 원심은 이 점에 관하여 성립에 다툼이 없는 갑 제1호증의 기재에 의하여 상고인이 전에 본건 계쟁지는 피상고인의 소유라는 점을 승인한 사실이 있다는 것을 인정하고, 이에 의하여 계쟁지는 피상고인의 소유라고 판정한 것이라는 점은 원심판결의 이유 설명에 비추어 이 역시 명백하다. 상고인이 본건 계쟁지는 피상고인의 소유라는 것을 승인한 사실에 의하여 그 토지가 피상고인의 소유에 속한다는

것을 인정하여도 원래 아무런 위법이 없고, 단지 권리의 승인 그 자체는 문자의 표시와 같이 권리존재를 승인함에 그치고 권리이전의 사유로 되는 것이 아니라면, 그 승인에 의하여 피상고인이 권리를 취득할 수 없다는 것은 두말할 필요가 없다. 그러나 원심은 전술한 바와 같이 단지 계쟁지는 본래 피상고인의 소유라는 것을 인정하였음에 불과하고, 이에 의하여 피상고인이 권리를 취득한 것을 인정한 것이 아니라면 원심판결은 아무런 비난할 점이 없다. 그리고 본건의 쟁점은 피상고인에게 계쟁지의 소유권이 있는지 여부라는 것이 앞서 설명한 바와 같다면, 이미 피상고인에게 그 권리가 있다는 것을 판정한 이상은 피상고인의 본소 청구를 인용함에 충분하고, 그 권리취득의 원인과 같은 것은 본소 청구의 직접적인 원인이 되지 아니하므로, 원심판결이 그 원인에 관하여 아무런 설시를 하지 않았다고 해도 이로써 상고인이 주장하는 바와 같은 불법이 있다고 할 수 없음은 물론, 원심판결이 계쟁지는 상고인의 소유가 아니라는 이유로 바로 계쟁지는 피상고인의 소유라고 판단한 것이 아님은 앞의 설명에 의하여 명백하다. 위 상고이유 주장은 어느 것이나 이유 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

소송이 적법한지 여부는 심급의 여하를 묻지 아니하고 법원이 직권으로 조사하여야 하는 사항의 하나이다. 따라서 만일 소송이 법률상 허용되지 아니하거나 또는 법률상 이익이 없는 것이라면, 법원은 부적법한 소송으로서 직권으로 각하하여야 한다. 그리고 본건 소송에 관하여 이 점을 판단컨대, 본건 소송물 중 대구부 소재의 토지에 관하여는 1913년 12월 27일 토지조사령에 의한 사정을 종료하고, 같은 해 조선총독부임시토지조사국 공시 제11호로서 공시되었으며, 달성군 소재의 토지에 관하여는 1914년 12월 1일 같은 사정을 마치고, 같은 해 토지조사국 공시 제10호로 공시됨으로서 그 사정은 확정되었다. 이에 의하여 같은 지역 내의 토지소유자의 권리는 확정된 것이므로 토지조사령 제16조의 규정에 의한 재심의 방법에 의하지 아니하면 역시 변경할 방법이 없게 되었다. 과연 그렇다면 피상고인이 위 사정 이전의 사유에 기하여 소유권을 청구하고 보존증명말소를 구하는 청구는 법률상 허용되지 아니하는 청구이고, 또한 법률상 아무런 이익이 없는 소송이

다. 왜냐하면, 토지소유자의 권리는 토지조사령 제15조의 규정에 의하여 사정의 확정과 동시에 확정되므로, 그 사정 전의 사유에 기하여 사정과 상반되는 소유권을 재판에 의하여 확정한다 해도, 그 확인은 법률상 아무런 효과가 없고 또한 사정과 부합하는 소유권을 확인하는 것은 전적으로 사족을 붙이는 것과 같고, 이로 인하여 법률상 아무런 이익이 발생하지 아니한다. 이에 더하여 사정과 상반되는 등기 또는 증명은 토지소유자가 자유롭게 말소청구(1914년 5월 1일 제령 제16호 참조)를 할 수 있고, 또한 사정과 일치하는 등기 또는 증명을 재판에 의하여 말소시켜도 사정에 의하여 확정된 권리의 성부에 영향을 미치는 것이 아니어서 토지소유자는 다시 사정에 의하여 확정된 토지대장에 기하여 소유권보존증명 또는 등기를 신청할 수 있으므로, 사정에 의하여 확정된 토지에 관하여는 사정전의 사유에 기하여 소유권보존증명말소를 청구하는 것도 역시 법률상 존재하지 않게 된다. 요컨대, 본건 소송물과 같이 이미 토지조사령에 의한 사정에 의하여 소유권이 확정된 토지에 관하여는 사정 전의 사유에 기하여 소유권의 확인 및 증명말소절차를 청구할 수 있는 것이 아니다. 만일 사정확정 후 본건과 같이 소송을 할 수 있는 것이라면 토지조사령 제15조는 전혀 무의미한 것이 된다. 따라서 본건 소송물과 같이 사정이 확정된 토지에 관하여는 그 청구가 사정의 취지와 부합하는지 여부를 묻지 아니하고 사정 전의 사유에 기하여 소유권의 확인 및 증명말소청구를 할 수 없다고 해석하여야 한다. 그런데 본건 피상고인이 토지조사령에 의한 사정이 확정된 토지에 관하여 상고인에 대하여 소유권확인 및 증명말소절차의 청구를 한 것은 부적법함을 면할 수 없는 것이다. 논자에 따라서는 본건 소송물이 토지조사령에 의하여 사정을 거친 것인지 여부는 원심에서 쟁점에 되지 아니하였으므로 상고이유가 될 수 없다고 하지만, 소송이 법률상의 이익이 있는지 여부 즉 소송이 적법한지 여부는 심급의 여하를 불문하고 이를 심리판결하여야 할 뿐만 아니라, 계쟁지가 사정을 거쳐 소유권이 확정된 것이라는 점이 앞서 살펴본 바와 같이 공시된 것이라면 재판상으로도 이미 공지의 사실이므로 원심이 이 점에 그 직권을 행사하지 아니하고, 소송의 적법·부적법에 관하여 심리 판결함이 없이 법률상의 이익이 없는 소송을 수리하여 본안의 판

결을 한 것은 위법한 것임을 면할 수 없다. 적어도 본건 소송물은 앞의 공문(公文)에서 보듯이 사정을 마친 지역 내의 토지임이 명백하므로 피상고인은 사정 전부터 계쟁지를 소유한다고 주장하거나 또는 사정 후 누군가로부터 이를 취득한 것이라고 주장하는 것인지 심리하고, 소송의 적법·부적법에 관하여 판시하여야 함에도 원심은 그러하지 아니하고 만연히 이를 간과하고 직권조사를 하지 아니한 것은 심리부진, 이유불비의 불법이 있음을 면할 수 없다.

그러므로 살피건대, 1912년 8월 제령 제2호 토지조사령 제15조에는 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정된다는 취지의 규정이 있다. 1914년 5월 제령 제16호(토지조사에 의하여 사정 또는 재결을 거친 토지의 등기 또는 증명에 관한 건) 제1조 제1항에는 토지의 소유권이 토지조사령에 의한 사정 또는 재결을 거쳐 확정된 경우에 이와 저촉되는 등기 또는 증명이 있을 때에는 토지소유자는 그 등기 또는 증명의 말소를 신청할 수 있다고 규정한다. 이에 의하면 <u>토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 하나의 사권 확정의 방법임이 조금도 의심되지 아니하고, 사법법원의 재판도 역시 당사자 간에 다툼이 있는 권리관계를 확정하는 것으로 이 양자는 하나는 행정상의 처분으로서 하나는 사법재판으로서 제도상 전혀 계통을 달리하는 독립한 국가기관의 행위이므로 각자 독립하여 그 권리관계를 확정하는 것이 가능하다.</u> 단지 위 각 제령의 규정에 의하면, 사정 또는 재결을 얻은 자는 이에 의하여 그 소유권을 확정받고, 그 사정 또는 재결과 저촉하는 등기 또는 증명의 말소를 신청할 수 있음이 명백하므로 사정 또는 재결의 사실을 인정한 이상 사법법원은 그 소유권을 인정하고, 등기관리 또는 증명관리는 사정 또는 재결과 저촉하는 등기 또는 증명은 이를 말소하여야 한다고 하여도, <u>당사자가 그 사정 또는 재결이 있음을 주장하지 아니한 때에는 사법법원은 반드시 직권으로 그 조사를 할 의무가 있는 것이 아니다.</u> 따라서 당사자가 그 주장을 함이 없이 소송을 진행한 경우에는, 가령 사법법원의 판결이 토지조사령에 의한 사정 또는 재결과 모순을 초래하여 반대되는 판결과 사정 또는 재결이 서로 양립하는 것과 같은 결과가 발생할 수 있다고 하여도, 이와 같은 결과가 발생한 경우에 이를 조화시키는 법률의 규정이 없는 지

금으로는 부득이한 일이다. 단지 그로 인하여 직접 사법법원에 직권으로 그 사정 또는 재결의 유무를 조사하여야 한다는 의무가 있다고 할 수 없음은 물론, 사법재판은 재판으로서 사정 또는 재결과 독립하여 그 효력을 가지므로 이와 같이 판결이라 하여도 일단 확정된 때에는 이로써 당사자는 그 판결에 기속됨은 당연하다. 그러므로 원심 및 제1심 구두변론조서를 보건대, 상고인이 본건 계쟁지 중 대구부 및 달성군 소재지의 토지에 관하여 사정이 확정되었다는 항변을 제출한 흔적이 조금도 보이지 아니하므로 상고인은 이와 같은 항변을 제출하지 아니하였다고 인정할 수밖에 없고, 원심이 본소 청구의 당부를 판단함에 있어 그 사정의 유무를 심시하지 아니한 것은 당연하다. 가령 그 사정이 확정되었음이 조선총독부 임시토지조사국 공시에 의하여 공지의 사실이라고 하지만, 공지의 사실은 단지 이를 주장함에 있어 입증을 요하지 않는다는 것에 그치고 당사자가 그 사실을 주장하지 아니한 때에는 법원은 스스로 이를 재판의 자료로 삼을 의무가 없으므로, 상고인이 그 사정이 확정되었음을 주장하지 아니하는 이상 법원은 직권으로 그 사실을 확정하여야 하는 것이 아니다. 그리고 소송이 이익이 있는지 여부는 당사자가 제2심에서 그 이익이 없는 사유를 개시하고 항변하는 경우에는 다르지만, 그러하지 아니한 이상은 소의 취지 자체로 이를 결정하여야 하는 것이다. 본건 피상고인의 청구취지는, 본건 계쟁지는 본래 자신의 소유에 속하는 것인데 상고인은 자기의 소유라고 주장하여 피상고인의 소유임을 부인할 뿐만 아니라 계쟁지에 관하여 소유권의 보존증명을 받았으므로 소유권의 확인 및 보존증명의 말소를 구한다는 것이다. 상고인은 단지 상고인 명의로 본건 계쟁지에 관하여 소유권의 보존증명을 받은 것임을 인정하고 본건 계쟁지는 본래 상고인의 소유라는 취지로 항쟁하는 것이라면, 본소는 순수한 사법상의 권리관계에 기초한 소송으로서 피상고인의 청구취지와 같은 것은 피상고인이 상고인에 대하여 그 소유권을 확인함에 있어 이익을 가지게 됨은 물론, 상고인 명의로 하는 소유권보존증명을 말소하고 자신의 명의로 그 보존증명을 할 수 있다는 것이 된다. 그렇다면 본소는 이익이 없는 소송이라 할 수 없으므로 원심판결에는 상고인이 주장하는 바와 같은 위법이 없다. 위 상고이유 주장은 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

피상고인은 원전융홍(原田降弘, 하라다), 김의균, 윤태영의 3인에 대하여 상고인에 대한 소유권확인·인도 및 명의개서 청구소송의 제기를 위임한 것으로 상고인에 대하여 소유권보존증명말소절차청구의 위임을 한 바가 없음에도 불구하고, 위 3인이 주장을 정정하여 수임사항에 속하지 않는 소유권보존증명말소청구를 한 것은 위법하다. 그럼에도 불구하고, 제1심 및 원심이 이 점에 대한 조사를 하지 아니하고 바로 본안 청구의 당부를 심리 판결한 것은 위법하다.

그러므로 살피건대, 제1심에서 피상고인의 원전융홍(原田降弘, 하라다), 김의균, 윤태영에 대한 위임장에 의하면, 피상고인으로부터 서돈순에 대한 토지소유권확인·인도 및 명의개서 청구사건에 관하여 일체의 소송행위를 위임한다는 취지의 기재가 있다. 그러나 본건 계쟁지에 관하여 상고인이 그 명의로 받은 소유권의 보존증명을 말소하고, 나아가 피상고인 명의로 보존증명을 받는 것이 종래 상고인의 명의였던 증명을 피상고인 명의로 개서를 하는 한 방법으로 한 것이라면, 증명의 명의개서의 위임이 있는 이상은 당초 상고인에 대하여 직접 증명명의개서절차의 이행을 청구하는 주장을 변경하여 상고인에게 그 증명의 말소절차이행을 구하고 이후 그 소송행위를 수행하는 것도 원래 그 위임의 범위에 포함되는 것임은 두말할 필요가 없다. 따라서 위 상고이유 주장도 이유가 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 모두 이유가 없으므로 민사소송법 제439조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

35 유산분여청구에 관한 건
〔대정4년민상제157호 1915년 7월 9일 판결〕

【판결요지】

1. 유산의 분여를 받을 권리를 가진 자는 제사상속인으로 하여금 상속분의 분배를 하게 할 권리를 가지는 것에 불과하기 때문에, 그 자가 분배되어야 할 특정한 목적물을 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 아니하다(상고이유 제2점, 제3점, 상고보충이유 제4점).

【제 1 심】 광주지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 임철상 외 1인
소송대리인 이기찬 외 2인
【피상고인】 임병룡

위 당사자 간의 유산분여 청구사건에 관하여 1915년 4월 6일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인의 상고가 있으므로 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심판결은 이유불비의 하자가 있다. 본건의 주요쟁점으로서 상고인은 당사자의 선대 임란수가 본건 계쟁토지에 관하여 사망 전 이를 상고인에게 소유시킨다는 의사를 표시하고 이를 지정하여 두었으므로, 가독상속인인 피상고인은 일단 이를 상속 소유하지만 상고인의 청구에 응하여 이를 분여할 의무가 있다고 주장하고, 그 입증을 위하여 갑 제3호증을 제출하였다. 그런데 원심판결은 상고인의 이러한 주장을 배척함에 있어 상고인의 증거는 갑 제3호증 이외에는 없고, 이에 관한 임하수의 증언은 믿기 어렵다는 설명을 하지 아니한 채 만연히 상고인의 주장을 채용하지 아니하였다고 말할 수 있다. 서증, 인증의 채용

여부는 원심의 전권에 속하는 것이 물론이지만, 일단 당사자에 의하여 제출된 증거는 그 채부를 판단하고, 이에 의하여 입증하려고 하는 당사자의 주장의 채부를 결정하여야 하며, 유일하다는 서증에 관하여 아무런 판단을 하지 아니한 것은 마치 제출된 증거를 제출하지 아니하였다고 하는 것과 다르지 아니하다. 요컨대, 이것은 가공사실을 인정하는 것과 같아 필경 이유불비가 된다. 즉, 원심법원이 갑 제3호증을 상고인의 유일한 증거라고 하고 있음에도 불구하고 그 채부를 판단하지 아니한 것은 이유불비임을 면할 수 없다.

그러므로 살피건대, 법원이 채용하지 아니한 증거에 대하여는 반드시 이를 채용하지 아니한 이유를 설시할 것을 요하지 않는다. 그렇다면 원심판결에서 계쟁지의 분여를 임란수의 생전에 지정하였는지 여부의 점에 관한 증거는 갑 제3호증 외에는 없고, 같은 호증에서 임하수의 증언을 믿기 어렵다고 판시하는데 그치고 특히 이를 신용하기 어려운 이유를 설시하지 아니하여도, 이유불비의 불법이 없다. 위 상고이유 주장은 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심판결은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다. 원심판결은 그 이유에서 상고인이 가독상속인인 피상고인에 대하여 분여의 청구권이 있다고 해도, 계쟁지를 지정하여 증여를 청구하는 것은 타당하지 않다고 한다. 그러나 이것은 조선의 구관례로서 법률과 마찬가지로 피상속인에게 있어 유산분여에 관한 법규에 반하지 아니한 정도에서는 피상속인의 의사를 존중하여 분여를 받는 것을 청구할 권리가 있다고 하는 구관례를 무시한 판단으로서, 법률을 적용하지 아니한 불법이 있다고 하지 않을 수 없다.

상고이유 제3점은, 원심판결은 적용하여야 하는 관습법을 적용하지 아니한 위법이 있다는 것이다. 원래 조선에서의 상속관념이 심히 명확성을 결한 것이라고 해도, 고래의 전례에 비추어 그 대강을 아는 것에 어려움이 없다. 즉, 대전회통에 의하면, 예전봉사(禮典奉祀)의 조(條)에 문무관6품이상제3대7품이하제2대서인즉지제효비약적장자무후중자중자무후즉첩자봉사(文武官六品以上祭三代七品以下祭二代庶人則只祭孝妣若嫡長子無後衆子衆子無後則妾子奉祀)라고 규정하고, 같은 입후(立後)

의 조에 적첩구무자자고관립동종지자위후(嫡妾俱無子者告官立同宗支子爲後)라고 규정하고 있어, 그 선조에 대한 계통상속의 법칙을 명확히 하고 있다. 같은 형전 사천(私賤)의 조에, 미분노비물론자녀존설분급미만분수자균급적자약유여부선급승중자우유여즉이장유차서급지적무자즉량첩자녀무량첩자녀즉천첩자녀동(未分奴婢勿論子女存設分給未滿分數者均給嫡子若有餘敷先給承重子又有餘則以長幼次序給之嫡無子則良妾子女無良妾子女則賤妾子女)라고, 같은 전지(田地)의 조에 부모노비승중자가오분지일중자녀평분(父母奴婢承重子加五分之一衆子女平分)이라고 규정하고 있다. 또한, 속전(續典)으로서 부모노비불위화회자정관분집(자녀신몰무자손자물위분급이기처수신즉급전택동전지십부회노일비구){父母奴婢不爲和會者呈官分執(子女身沒無子孫者勿爲分給而其妻守信則給田宅仝田地十負淮奴一婢口)}라고 규정하여, 미분(未分)유산에 관한 상속의 법칙을 명확히 하였다. 그리고 위 대전(大典)의 법칙이 시행되어 온 500여 년간에 다소 개변된 곳이 있다고 하여도, 선조의 계통을 중시하고 반드시 적장자가 그 봉사(奉祀)를 하는 것처럼 미분(未分)의 유산에 관하여는 반드시 그 자녀분배를 하는 것과 같은 것은 불변불이(不變不易)의 상전(常典)을 이룬다. 만일 장자로서 부모의 전택(田宅)을 합집(合執)하고 분할을 하지 아니할 때에는 관에 알려 분집을 한 것은 그 예가 매우 많다. 따라서 조선에서는 미분의 유산은 일단 장자의 소유에 귀속된다고 하여도 다른 자녀가 그 분여를 받을 권리가 있음은 물론, 장자가 유산의 분여에 따르지 아니할 때에는 전택의 일부를 지정하여 그 분여를 청구할 수 있는 권리가 있음은 관습의 법칙에 비추어 일점의 의문도 없는 것이라고 하여야 한다. 그리고 귀원의 대정2년민상제86호 사건에 대한 호주 사망하고 적서(嫡庶)의 남자 수인이 있는 경우에 그 유산전부는 일단 제사상속인의 소유에 귀속되고, 그 밖의 적서남은 그 유산에 관하여 제사상속인으로 하여금 상당상속분의 분배를 하게 할 권리가 있다고 하는 위 관습법을 인정한 것으로서, 실로 타당한 것이다. 그런데 원심판결은 상고인 등은 가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 아니하다는 취지의 설명으로, 상고인의 청구를 배척하였다. 그러나 만약 상고인에게 유산의 분여를 청구할 수

있는 권리가 있다고 하면 유산의 일부를 지정하여 그 분여를 청구할 수 있음은 두말할 필요가 없이 자명함은 당연한 이유라고 할 것이다. 왜냐하면, 유산분여의 청구권이 있다고 하여도 특정물을 지정하여 청구할 수 없다고 한다면 유산분여의 의무자가 특정물을 지정하여 분여를 하지 아니할 때에는 유산분여의 청구권이라는 것은 결국 유명무실하게 되고 이를 실행할 수 없게 되기 때문이다. 어째서 그와 같은 불합리한 법칙에 지배될 권리가 있는가. 상고인의 청구는 요컨대, 위에서 설명한 관습법을 기본으로 하여 피상고인이 유산의 분여를 하지 아니하므로 망부(亡父)의 유지를 받들어 스스로 유산의 일부를 지정하여 그 분여를 청구하는 것이라면, 원심법원은 마땅히 관습법을 적용하여 유산분배의 비율을 확정하고, 상고인 등의 상속분에 상당한 것을 분여하도록 하는 판결을 하여야 하는 것이다. 그런데 그러하지 아니한 채 관습법을 무시하고 상고인의 청구를 배척한 원심판결은 파기를 면할 수 없는 것이라고 사료된다는 것이다.

보충상고이유 제3점은, 조선에서 제사상속인은 유산에 관하여 그 일부를 피상속인의 자녀에게 분여하여야 할 의무가 있음은 이미 설명한 바이다. 그리고 제사상속인이 위 의무를 이행하지 아니하는 경우, 그 유산의 분여를 받아야 할 권리자는 스스로 유산의 일부를 지정하여 특정물의 분여를 청구할 수 있는지 여부 역시 연구를 요하는 문제이다. 원심판결은 이 점에 관하여 소극설을 채용하여 유산의 분여를 받을 권리자는 단지 유산의 분여를 해야 하는 의무자의 처분을 기다려야 하고, 스스로 유산의 일부를 지정하여 청구를 할 수 없다고 단정하였다. 만약 원심판결의 단정이 지당하다고 한다면, 소위 유산의 분여를 받을 권리라는 것은 결국 유명무실하게 되어 이를 행사할 이유가 없게 된다. 어찌 이와 같은 권리가 있을 수 있겠는가. 권리 그 자체의 본질로 생각해 보아도 권리자가 행사할 수 없는 권리는 이것이 있다고 할 수 없는 것이다. 상고인 등의 청구는, 고 임란수는 그 사망 당시에 유산으로서 부동산만으로 전답 합계 1,352두락(斗落)을 소유하게 되었음을 주장하고, 그 유산의 일부인 본소의 계쟁지 약 300여 두락의 분여를 청구한 것이라면 상고인 두 사람이 청구하는 토지 전부를 합산하여도 유산의 전부와 비교하여 4분의 1에도 미치지 못하는 것이다.

이를 조선 종래의 관습법에 비추어 보아도 결코 과다한 청구가 아니다. 따라서 상고인 등의 청구를 배척한 원심판결은 위법하다.

상고이유 제4점은, 원심판결은 법칙을 적용하지 아니한 불법이 있다. 원심판결은 이유의 전단에서 “1904년 음력 8월 21일 란수의 사망으로 피항소인(본건의 피상고인)은 그 유산을 상속한 것으로서 본건 계쟁지는 그 유산에 속하고, 피항소인의 소유에 속하는 것이라는 점 및 항소인 등(본건의 상고인 등)은 란수의 첩의 자녀라는 점은 당사자 사이에 다툼이 없다”고 설시하였다. 이를 보면 소위 계쟁지는 전부 당사자 등 선대의 유산으로서 그 제사상속인인 본건 피상고인의 소유에 귀속하고, 또한 상고인 등은 피상속인 란수의 서남(庶男)이라는 사실은 명확하여 움직일 수 없는 사실이라고 한다. 과연 그렇다면 상고인 등은 피상고인에 대하여 상당상속분의 분배를 하게 할 권리를 가지고, 피상고인은 상고인 등에 대하여 상당상속분의 분배를 하여야 할 의무를 부담함은 귀원 대정2년민상제86호 토지가옥소유권확인 및 인도청구상고사건의 판지에 의해 명백하다. 그리고 이것이 조선인 사이에 있어서의 일반적인 관습이라는 판지는 바로 조선에서의 관습법이라는 것을 표시한 것이라는 점은 1912년 칙령 제21호로서 조선에 시행된 법례(그 제2조)의 규정 및 조선민사령 제11조에 의하여 일점의 의문도 생길 여지가 없음은 다언을 요하지 않는 바이다. 그런데 원심판결은 위와 같은 사실을 확정하였음에도 불구하고 “생전에 란수가 지정하였는지 여부에 관하여 먼저 살피건대, 이 점에 관한 증거자료는 갑 제3호증 외에는 없고, 같은 호증에서의 임하수의 증언은 믿기 어렵다. 따라서 항소인의 주장은 채용할 수 없다. 가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구함은 타당하지 않다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 나머지 쟁점에 대한 판단을 생략하고”라고 하여 피상속인 란수의 생전 지정의 사실을 인정하지 않음을 이유로 바로 상고인의 청구를 배척한 것은, 상당상속분의 분배청구에 관한 위의 관습법을 적용하지 아니하여 법률에 위배된 불법한 판결이다.

그러므로 살피건대, 종래 조선에서 호주가 사망하고 적서남자 수인이 있는 경우에 그 재산 전부는 일단 제사상속인의 소유에 귀속되고, 그 밖의 적서남은 그 유산에 관하여 제사상속인으로 하여금 상당한

상속분의 분배를 하게 할 권리를 가짐에 불과하다. 그리고 그 유산에 대한 소유권은 상속개시시에 당연 취득하는 것이 아니고, 분배로 인하여 이를 취득하는 것이라는 점은 당원 판례가 인정하는 바이다. 그러나 상고이유 주장과 같이 유산분여를 받을 자가 바로 분배되어야 할 특정한 목적물을 지정하여 유산상속인에 대하여 그 증여를 청구하는 것과 같은 것은 타당하지 아니하다. 그와 같은 관습은 당원이 이를 인정하지 아니한다. 그렇다면 원심판결 이유 중 가령 유산분여의 청구권이 있다고 하여도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 아니하다고 하여야 한다고 판시한 것은 정당하고, 아무런 위법한 점이 없으므로 위 상고이유 주장은 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원심판결은 재판에 이유를 붙이지 아니한 불법이 있다. "호주사망하고 적서의 남자 수인이 있는 경우에 그 유산전부는 일단 제사상속인의 소유에 귀속되고, 그 밖의 적서남은 그 유산에 관하여 제사상속인으로 하여금 상당상속분의 분배를 하게 할 권리를 갖는다"라는 것은 조선에서의 관습법이라는 점 및 상고인 등은 그 관습법상 분여청구권리자로서 피상고인은 그 의무자라는 점은 원심이 확정한 사실에 의해 명백하다. 과연 그렇다면 원심법원은 상고인 등이 유산분여청구권을 가지는 자라는 점을 판정하였어야 할 것임에도 불구하고, "가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 않다고 하여야 한다. 따라서 나머지의 쟁점에 대한 판단을 생략하고 항소를 이유 없다고 하여"라고 설시하였다. 상고인 등의 유산분여청구권의 유무에 관하여 아무런 판단을 하지 아니하고 가정에 기하여 기본적인 쟁점에 관하여 전혀 판시하지 아니한 것은 재판에 이유를 붙이지 아니한 불법이 있다.

그러므로 살피건대, 상고인이 원심에서 그 청구원인으로서 주장한 사실은, 상고인의 망부 임란수는 생전에 계쟁지를 상고인 등에게 분배되어야 할 것으로 지정한 바 있으므로, 이에 그 지정된 계쟁지의 분여를 청구한다고 하는 것이었다. 이에 대해 원심은 상고인의 입증에 의하여는 그 주장사실을 인정하기 어렵다고 하여 그 청구를 배척한 것이었음은 원심판결의 이유에 비추어 명백하므로, 상고이유 주장과 같

이 재판에 이유를 붙이지 아니한 불법이 없다. 그리고 법원은 당사자가 청구원인으로 하지 아니한 점에 관하여는 그 권리의 유무를 확정할 필요가 없으므로, 원심이 위와 같이 상고인이 청구원인으로 주장하는 이외에 상고인이 유산분여청구권을 갖는지 여부를 확정하지 아니하고, "가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 아니하다고 하여야 한다"라고 설시하여, 가정의 사실에 기하여 설시를 한 것은 필경 전단 이유에 부수하는 설명에 불과한 것으로서 이에 기하여 상고인의 청구를 배척한 것은 아니다. 요컨대, 상고인의 청구원인인 사실에 관하여는 전단에서 판시를 한 것으로서 상고이유 주장과 같은 위법한 점이 없는 것이다. 위 상고이유 주장은 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

원심판결은 법의 해석을 그르친 불법이 있다. 원심판결은 항소인 등(상고인 등)의 주장에 대하여 "생전에 란수의 지정이 있었는지 여부에 관하여 먼저 살피건대, 이 점에 관한 증거재료는 갑 제3호증 외에는 없고, 같은 호증에서의 임하수의 증언은 믿기 어렵다. 따라서 항소인의 주장은 채용할 수 없다. 가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 아니하다고 하여야 한다. 따라서 나머지의 쟁점에 대한 판단을 생략하고"라고 판시하였다. 이 판시가 원심법원이 유산분여청구권에 관한 조선의 일반관습법을 인정한 다음에 나온 것이라고 한다면, 정말로 법의 해석을 그르친 것이라고 하지 않을 수 없다. 원래 상당상속분의 분배에 관한 관습법을 인정하는 이상은 원심법원은 반드시 본건 상고인 등의 유산분배청구를 긍정하여야 할 뿐만 아니라 그 상당상속분의 수량도 확정하여야 한다. 왜냐하면, 법은 실제로 상속분의 상당부분의 분배를 명하는 것이기 때문이다. 가령 다소 양보하여 무엇을 상당부분으로 하는가에 관하여 청구자인 본건 상고인 등에게 입증책임이 있다고 해도, 상고인 등은 감정인 김용규, 나홍한, 나종한 및 안등정(安藤靜, 안도)의 각 진술을 원용함으로서 원심법원은 상당상속분의 수량을 충분히 확정할 여지가 있었던 것이 아닌가. 그리고 피상속인 란수의 생전 지정사실의 유무 및 지정에 의한 것이라고 하는 목적물의 표시는 그 목

적물이 유산 중에 포함된 이상은 상고인 등의 분배청구권에 대하여 조금도 변경이 초래되지 아니하기 때문이다. 이 점에서 원심판결은 법의 해석을 그르친 불법이 있다.

상고이유 제7점은, 원심판결은 법칙을 부당하게 적용하고 또한 이유불비의 불법이 있다는 것이다. 원심판결이 유산분배청구권에 관한 조선의 일반관습법을 인정한 다음 나온 것이라면, 원심법원은 소위 계쟁지는 전부 당사자 선대의 유산으로서 그 제사상속인인 피상고인(피항소인)의 소유에 귀속되고 또한 상고인 등은 피상속인 란수의 서남이라는 사실을 확정하였음에도 불구하고, 상고인 등의 분배청구를 배척한 것은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있을 뿐만 아니라 피상속인 란수의 생전의 지정사실을 인정하지 아니한 것이 무슨 이유로 상고인 등이 유산분배청구권을 가지지 않는 것이 되는지, 다시 말해 상고인 등은 그 유산의 촌지척토(寸地尺土)에 대하여 조차 전혀 청구권을 갖지 못한다고 하는 결론이 되는가. 생전지정사실의 유무와 법률상 상고인 등에게 부여된 상속분의 분배청구권과는 인과관계를 갖는 것이 아니고 양자는 관계가 없는 것이다. 더군다나 원심판결 이유 중에 명기한 바와 같이 상고인 등의 주장은 조선관습법에 의하여 유산분여청구를 한다는 것이다. 그런데 원심판결은 이 점에 관하여 아무런 설시하는 바가 없이, 만연히 상고인 등의 청구를 배척하였음은 이유불비의 불법이 있다.

그러므로 살피건대, 본소의 청구는 단지 상고인 등은 망부 임란수의 아들로서 피상고인은 임란수의 제사상속인이므로 상속분의 분배를 청구한다는 것이 아니라, 임란수는 생전에 계쟁지를 상고인 등에게 분배되어야 하는 것으로 지정하였으므로, 이에 따라 계쟁지의 분여를 청구한다는 것이다. 그러므로 원심은 상고인이 본소의 청구원인으로서 주장하는 위의 사실은 이를 인정하기 어렵다는 이유에 기하여 상고인의 청구를 배척한 것이고, 위 사실 이외에 상고인이 상속분에 대한 분배청구권을 갖는지 여부의 판정을 한 것은 아니다. “가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 …”라는 설시는 가정사실에 기한 부수적인 설시에 불과한 것이다. 따라서 원심은 상고인에게 그 주장과 같은 유산분여청구권이 없다고 인정한 것이 아니다. 요컨대, 위 상고이유 주장은

원심판결의 취지에 부합하지 않는 이유를 전제로 하여 원심판결을 비난하는 것이므로, 그 이유가 없다.

상고이유 제8점은 다음과 같다.

원심판결은 "가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구하는 것은 타당하지 않다고 하여야 한다"라고 설명하고 있지만, 그 무엇 때문에 특정물을 지정할 수 없다는 것인지 그 이유를 밝히고 있지 않다. 원래 상고인 두 사람이 고 임란수의 실자인 자격으로 그 유산의 분여를 청구함에 있어, 계쟁부동산은 그 유산 중의 한 작은 부분에 해당하는 것으로서 특히 선대 생존 중 증여의 지정을 해 둔 토지라는 취지를 주장하였으므로, 사실심인 원심으로서는 가령 특정분여의 사실을 부인하는 경우라도, (1) 상고인 등은 피상속인의 실자인 자격에서 관습상 그 유산의 어느 정도를 받아야 하는 것인가, (2) 상속 당시에 있어서의 유산총액을 계량하여 계쟁부동산이 과연 위 분여율에 적합한지 여부, (3) 피상고인이 그 상속 총재산 대부분을 소비하였기 때문에 계쟁지를 제외하고는 달리 분여를 청구할 자산이 없다는 상고인의 주장은 과연 사실인지 여부의 3가지 점을 심리한 다음, 위 사실을 긍정하여야 할 경우에 있어서는 모름지기 상고인의 청구를 채용하는 것이 합당하다. 왜냐하면, 유산분여의 방법은 여러 가지가 있다고 하여도 원칙상 실물분배를 하여야 함이 당연한 것이고, 특히 본건과 같이 상고인이 그 분배하여야 할 유산의 대부분을 소진한 경우에 있어서는 상고인 등이 그 잔존유산을 목적으로 하여 각기의 권리를 전부 보전하는 것은 실제로 조선의 관습에 부합하고 일반 법률상의 원리에도 합치하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 만일 상고인의 청구가 그 관습에 기한 분배율을 초과하는 것이라면, 법원은 그 주장의 범위에 속하는 것이기 때문에 적당한 비율에 기하여 당연히 지분증여의 판결을 하여야 하는 것이다. 원심판결의 취지에 의할 때에는, 유산분배는 항상 금전으로 청구할 것을 요한다고 볼 수밖에 없다. 그러나 그와 같은 관념은 재산상속의 원리 및 피상속인의 의사에 반할 뿐만 아니라 이 때문에 항상 상속재산을 환가할 필요가 생기고, 쓸데없이 사회조직에 유해무익한 결과를 초래할 뿐이므로 그러한 법규의 해석은 가능한 한 이를 피하여야 하는 것이다. 만일 그

상속인의 1인이 다른 분배액도 소비한 경우에 어쩔 수 없이 금전배상을 청구하는 것과 같은 것은 변칙구제의 한 방법에 다름 아니다. 그럼에도 불구하고, 원심법원이 만연히 전술한 바와 같이 판결을 한 것은 명백히 법칙위배의 하자가 있는 것이다.

그러므로 살피건대, 조선의 관습에서 제사상속인 이외의 적서남이 제사상속인에 대하여 상속분의 분배청구권이 있다는 점은 이를 인정할 수 있다고 해도, 바로 특정된 재산에 대하여 분여를 청구할 수 있는 관습의 존재는 이를 인정할 수 없으므로, 원심이 유산분여청구권이 있다고 해도 바로 계쟁지를 지정하여 그 증여를 청구함은 타당하지 아니하다고 설시한 것은 위법한 것이 아니다. 그리고 그러한 경우에 반드시 그 이유를 설시할 것을 요하지 아니하므로, 원심이 단지 그 청구가 타당하지 아니하다는 취지를 판시한 것에 그친 것도 위법하지 아니하다. 이에 더하여 본소의 청구는 상고인이 임란수의 적서남으로서의 당연한 권리만에 기한 청구가 아니고 임란수가 계쟁지의 지정을 하였다고 하는 사실에 기하여 청구한 것이라면, 그 사실을 인정하기 어려운 이상은 본소의 청구는 이를 배척하기에 충분한 것으로서, "가령 유산분여의 청구권이 있다고 해도 …" 부분은 단지 가정의 사실을 기본으로 하는 설시에 불과하므로, 이에 관하여 상고이유의 주장과 같은 사실을 심리 확정할 것을 요하지 않으므로, 위 상고이유 주장은 이유가 없다.

이상 설명한 바와 같이 본건 상고는 모두 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

36 토지소유권확인청구에 관한 건 〔대정4년민상제96호 1915년 7월 20일 판결〕

【판결요지】

1. 소송에 관계된 권리관계가 합일로만 확정되어야 하는 때에는, 그

공동소송인 중의 1인에게 발생한 소송절차의 중단은 그 전원에 대한 소송절차를 중단한다.

【제 1 심】 경성지방법원 인천지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 조덕일
소송대리인 신우영
【피상고인】 장영섭 외 4인
소송대리인 최진

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건에 관하여 1915년 2월 8일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인의 상고가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
살피건대, 소송절차의 중단 중에 한 소송행위는 상대방에 대하여 그 효력이 없음은 민사소송법 제186조가 명백히 규정하는 바이다. 그리고 본소 청구의 원인은 피상고인 등이 상고인에 대하여 본건 계쟁토지의 소유권이 피상고인 등에게 속한다는 것을 확인하고, 이를 피상고인 등에게 인도하며, 또한 1913년 12월 17일 위 토지에 대하여 상고인이 얻은 소유권이전증명말소의 절차를 이행하라는 것이므로, 그 청구는 당해 토지가 피상고인 등의 공유라는 사실에 기한 것이다. 그러한 경우에 피상고인의 전원에 대하여 각각 다른 판결을 할 수 없는 것이므로, <u>그러한 경우에 있어서의 소송의 권리관계는 피상고인의 전원에 대하여 합일로만 확정하여야 하는 것이라고 하여야 한다. 과연 그렇다면 피상고인 중의 1인에 대한 소송절차의 중단은 그 전원에 대한 소송절</u>

차의 중단이 된다. 따라서 본건 상고가 피상고인의 1인인 장억사, 장기가 원심판결 전에 사망하고 아직 수계를 하지 아니한 동안, 즉 소송절차의 중단 중에 이루어진 것이라는 점은 당사자 간에 다툼이 없는 사실이므로 본건 상고는 부적법하다. 그리고 상고적법의 문제는 직권조사사항에 속하고 당사자가 유효하게 포기할 수 없는 것이므로, 본원은 직권으로 이 점에서 본건 상고를 기각하기로 한다. 따라서 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

37 토지소유명의말소 및 재산인도청구에 관한 건 〔대정4년민상제178호 1915년 9월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 확인청구를 급부청구로 변경하는 것은 소의 변경이다(상고이유 제4점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 한규용
소송대리인 적미호길(赤尾虎吉, 아까오)
종참가인 한의용
【피상고인】 이보광

위 당사자 간의 토지소유명의말소 및 재산인도 청구사건에 관하여 1915년 4월 29일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인의 상고가 있으므로 본원은 다음과 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

조선의 관습에 의하거나 조리에 의하여도 호주 또는 가족의 누구에게 속하는지 분명하지 아니한 재산은 호주의 재산으로 추정하여야 하는 것이다. 그런데 원심판결에서 피상고인은 한재욱의 집에 동거하는 첩인 사실, 다시 말해 피상고인은 호주인 한재욱의 가족이라는 사실을 인정하고, 게다가 반증에 의하여 본소 물건은 피상고인의 특유재산이라는 사실을 인정하지 않았음에도 불구하고(원심판결 이유 참조), "그렇지만 결수연명부(結數連名簿)상 피항소인 명의로서 실제로 동인이 점유하는 계쟁지 그 밖에 피항소인이 점유하는 계쟁재산은 호주 또는 가족의 누구에게 속하는지 분명하지 아니한 것으로서, 호주인 항소인의 망부(亡父)의 소유인 것으로 추정하여야 하는 것이 아니다. 오히려 피항소인이 소유하는 것으로 추정하여야 한다"고 판단한 것은 명백히 위 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이다.

그러므로 살피건대, 원심판결의 취지는 본건 계쟁토지에 관하여는 결수연명부(結數連名簿)상 피상고인 명의로 등록되고, 또한 토지 그 밖의 계쟁물건은 실제로 피상고인이 점유하고 있으므로 피상고인의 소유로 추정하여야 한다. 그리고 상고인의 입증에 의하여는 위 추정을 번복하기에 충분하지 아니하므로, 계쟁물건은 상고인의 소유라는 사실은 이를 인정하기 어렵다고 하여 그 청구를 배척한 것임이 명백하다. 즉, 원심판결은 계쟁물건은 호주 또는 가족의 누구에게 속하는지 분명하지 아니한 경우에 해당하는 것으로 인정한 것이 아니다. 그런데 마치 그 경우에 해당하는 것과 같은 이유에 기하여 원심판결을 비난하는 위 상고이유 주장은 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심판결에 "따라서 나아가 이상의 추정을 번복하기에 충분한 항소인의 반증이 있는지 여부를 살피건대, 성립에 다툼이 없는 갑 제5호증의 토지매매문기 중 한재욱 명의의 것이 있다면 적어도 같은 호증 기

재의 토지는 한재욱이 매수한 것과 같이 볼 수 있지만, 부(夫)는 재산상의 행위에 관하여 처첩을 대리하여 온 것이 조선 종래의 관습이라면 한재욱도 그 예에 따라 동거하는 첩인 피항소인을 위하여 토지매매를 한 것인데도, 각 매도인은 동인을 진정한 매수인이라고 경신(輕信)하여 같은 호증의 수취인을 한재욱 명의로 한 것으로서, 동인도 또한 깊이 이를 생각하지 아니하고 그대로 같은 호증을 수수한 것으로 해석되므로, 수취인명의 한 가지만으로 바로 한재욱이 매수자라고 인정할 수 없는 것이다”라고 판단하였다. 원래 매매증서의 수취인 명의가 한재욱이라면 한재욱이 자신을 위하여 매수한 것이라고 해석하여야 함은 해석법상 당연한 것이다. 그런데 이에 반하여 한재욱이 피항소인의 대리인이고, 자신의 이름으로 피항소인을 위하여 매수하였다고 해석하려면 상응하는 사항 또는 증거에 의하여 그와 같이 해석하여야 하는 이유를 명시하여야 한다. 그런데 원심판결과 같이 부(夫)는 재산상의 행위에 관하여 첩을 대리한다는 관습이 있다고 해도, 부(夫)의 명의인 재산상의 법률행위는 모두 첩의 대리로서 첩을 위하여 한 것이라고 할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 필경 원심판결은 해석법에 반하는 불법한 인정을 한 것이다.

상고이유 제3점은 원심판결은 “갑 제3호증의 대금장(貸金帳)은 항소인이 주장하는 것과 같이 한재욱의 필기에 관련된 것이라고 해도, 처첩의 특유재산에 관한 장부의 기재 및 증서의 정리와 같은 것은 부(夫)가 하는 것이 보통의 사례이므로, 기장(記帳)의 한 가지만으로 같은 호증의 대부금은 한재욱의 대부금이라고 인정하기 어렵다”고 판단하였다. 원래 피항소인은 호주인 한재욱의 첩으로 동거하고 있음은 원심판결이 인정하는 사실이다. 그리고 계쟁물건은 피항소인의 특유 재산이라는 입증이 없으므로 적어도 호주 또는 가족의 누구에게 속하는지 분명하지 아니한 재산이라고 하여야 한다. 따라서 일응 호주인 한재욱의 소유라고 추정하여야 함은 조리상 당연한 것이므로, 가족인 피항소인의 특유 재산이라고 인정되지 않는 한 그 추정은 여전히 존립하는 것이다. 그런데 원심판결은, 계쟁물건은 피항소인의 특유 재산이라고 인정하는지 여부의 점에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한다. 또한, 항소인이 위에서 말한 추정을 받는지 여부의 점에 대하여 아무

런 판시를 하지 아니하고, 갑자기 처첩의 특유 재산에 관한 장부의 기재 및 증서의 정리와 같은 것은 부(夫)가 하는 것이 보통의 사례이므로 기장의 한 가지만으로 한재욱이 대부금이라고 인정하기 어렵다고 판단하였음은 적어도 이유불비의 하자가 있는 것으로서, 불법한 인정이라고 확신한다.

그러므로 살피건대, 원심판결의 이유를 살펴보건대, 우선 계쟁지는 피상고인의 소유라고 추정하여야 한다는 취지를 설시한 후 “따라서 나아가 이상의 추정을 번복하기에 충분한 항소인의 반증이 있는지 여부를 살펴보건대 …, 수취인 명의의 한 가지만으로 바로 한재욱이 매수자라고 인정할 수 없다”고 설시하였다. 그 취지는 본건 계쟁지의 소유에 관하여는 결수연명부(結數連名簿) 상의 기재와 실제로 피상고인이 이를 점유하는 사실에 기하여 피상고인의 소유라고 인정할 수 있는 것이라면, 매매증서의 수취인 명의가 한재욱이라는 한 가지만으로 바로 한재욱이 매수인이라고 단정할 수 없다는 것으로, 즉 갑 제5호증은 위와 같은 사실인정을 번복하는 자료가 되기에 충분하지 아니하여 이를 배척한 것이라면 위법하지 아니하다. 왜냐하면, 매매증서의 수취인 명의자를 항상 반드시 매수인이라고 인정하여야 하는 것은 아니다. 다른 사실 또는 증거와 대조하여 명의 여하에 관계없이 진정한 매수인이 누구인지를 판정하는 것은 필경 원심의 직권인 사실인정, 증거판단의 범위에 속하는 것이다. 그렇다면 원심판결에서 수취인의 명의 한 가지만으로 바로 한재욱을 매수자라고 인정할 수 없다는 취지로 판정한 것은 바로 위 직권을 당연히 행사한 것이다. 다음으로, 상고이유 제1점에 대하여 설명하고 있는 바와 같이 원심은 계쟁재산은 피상고인의 소유라고 판정한 것임이 판결이유에 비추어 명백하므로, 이로써 계쟁재산은 호주인 한재욱의 가족인 피상고인의 누구에게 속하는지가 분명하지 아니한 재산이라고 할 수 없음은 물론이다. 상고이유에서 주장하는 계쟁물건은 피항소인의 특유 재산이라고 인정하는지 여부의 점에 대하여 아무런 판단을 하지 아니하였다는 것을 전제로 하여 원심판결을 비난하는 상고이유의 주장은 결국 원심판결의 취지에 부합하지 않는 것이므로, 이유 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심법원은 제2심에 이르러 확인 이외에 나아가 인도의 청구를 한 것은 신청의 변경에 속하고, 이것은(중략) 허용되지 않는 것으로서 각하하여야 하는 것이라고 판결하였다. 그러나 항소인은 제1심 이래 확인 및 인도의 청구를 하였던 것이지 제2심에 이르러 비로소 인도청구를 한 것이 아니다. 즉, 제1심에 제출한 소장에서 피고(피항소인)는 원고(항소인)의 상속권을 확인하고, 피고 소유 명의의 토지는 말소절차를 이행하며, 별지목록의 재산을 원고에게 인도하라고 되어 있다. 그리고 제1심에서 피고는 원고의 상속권을 인정함으로서, 원고는 위 소장의 일정한 신청(정정 및 취하신청이라는 제목)을, 피고는 별지목록의 재산 전부는 원고의 소유임을 확인하고, 토지에 관하여는 그 소관 군청 비치의 결수연명부(結數連名簿)의 피고 소유명의말소절차를 이행하며, 채권에 관하여는 추가채권목록에 따라 채권장부 1책 및 채권증서 11매, 현금 및 나락을 원고에게 인도하라고 정정하였다. 그리고 제2심에 이르러 다시 피항소인(피고)은 항소인(원고)에 대하여 별지목록의 재산 중 토지, 현금 및 나락에 관하여는 항소인의 소유임을 확인하고, 또한 이를 항소인에게 인도하여야 하며, 채권에 관하여는 항소인이 소유자임을 인정하고 채권의 기재가 있는 장부 및 증서가 있는 것은 그 증서의 인도를 하여야 한다고 정정한 것임은, 일건 기록 중에 현존하는 소장 및 당해 정정서의 대조 및 제1심의 판결서에 비추어 명백하다. 그런데 원심판결은 어떠한 점에 의하여 항소인은 제1심에서는 확인청구만을 하고 제2심에 이르러 비로소 인도의 청구를 한 것이라고 인정한 것인지, 아무리해도 부당한 재판이라고 생각된다. 가령 백보를 양보하여 상고인이 제1심에서 본소 토지소유권확인의 청구만을 하고 제2심에 이르러 비로소 그 인도를 청구하는 취지의 주장을 하였다고 해도, 피상고인은 본소 토지에 관하여 상고인의 소유권을 다툼과 동시에 자신의 소유권을 주장하였을 뿐만 아니라 그 점령을 주장하는 것에 의하여 상고인은 그와 같이 청구를 확장한 것으로서, 위와 같은 것은 필경 소의 원인을 조성하는 사실의 요소에 영향을 미치는 것이 아니다. 왜냐하면, 본소와 같은 사실관계의 것에 있어서는 최초 토지소유권확인의 신청을 하고 후에 그 인도를 신청해도, 그것은 신청의 확장에 그치고 결코 소의 변경을 목적으로 한 것은 아니라고 생각한

다. 그런데 원심판결이 이를 소의 변경이라고 하여 신소를 각하한다고 판단한 것은 부당하다. 그리고 그 결과로서 인도청구의 점에 대하여 재판을 하지 아니한 불법이 있으므로 원심판결은 파기를 면할 수 없는 하자가 있다.

그러므로 살피건대, 상고인이 제1심법원에 제출한 소장 중의 일정한 청구에는 토지인도의 청구를 기재하였지만, 상고인은 같은 법원에서의 제2회 구두변론시 소장기재의 일정한 청구를 정정하여 토지에 관하여는 결수연명부(結數連名簿)의 피고소유명의말소절차를 이행하여야 한다는 것을 청구하고 그 인도는 이를 청구하지 아니하였음은, 위 구두변론조서 및 일정한 신청정정서의 기재에 비추어 명백하다. 그리고 상고인은 원심에 이르러 다시 계쟁지의 인도를 구한다는 취지의 신청을 한 것임은 원심 구두변론조서의 기재에 비추어 명백하다. 그러므로 상고이유의 "항소인은 제1심 이래 확인 및 인도의 청구를 하였던 것이지 제2심에 이르러 비로소 인도청구를 한 것은 아니다"라는 주장은 이유가 없다. 또한, 최초 토지에 대한 소유권의 확인을 구하고, 후에 이르러 토지의 급부를 청구하는 것과 같은 것은 민사소송법 제196조의 경우에 해당하는 것이 아니다. 그렇다면 원심에서 상고인이 다시 토지의 인도를 청구한 것에 대하여 새로이 소를 제기한 것이라고 인정하여 위 소를 각하한 것은 정당하고 상고이유 주장은 이유가 없는 것이다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

38 외상대금청구에 관한 건
〔대정4년민상제195호 1915년 9월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 우편물을 수취인이 수령하였다는 사실은, 특별한 규정이 있는 경

우를 제외하고 이를 주장함으로서 이익을 갖는 자가 입증하여야 할 책임이 있다.

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 경성히노마루(日丸)수산 주식회사 법정대리인 이웅연(伊熊延, 이구마)
소송대리인 계천광제(皆川廣濟, 미나가와)
【피상고인】 낙합충사랑(落合忠四郎, 오찌아이)

위 당사자 간의 외상대금 청구사건에 관하여 1915년 5월 31일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유는 다음과 같다.
원판결은 대금을 환어음으로 하여 보통우편에 의하여 상고인(항소인)으로부터 피상고인(피항소인) 앞으로 발송한 사실을 확정하면서, 그 어음금을 피상고인이 영수하였다는 입증책임을 상고인에게 귀속시킨 것은, 채증의 법칙에 위반하는 것이라고 믿는다. 보통우편이 그 수취인에게 도달하는 것은 보통의 상태이므로, 피상고인 앞으로 발송한 우편은 당연히 피상고인에게 도달하였다고 일응 추정되므로, 이에 반하는 사실의 입증은 피상고인의 책임이어야 한다.
살피건대, 우편물은 법률상 특히 명문이 있는 경우에는 별개로 하고, 그러하지 아니한 경우에는 우편에 붙인 한 가지만으로 반드시 수취인이 이를 수령한 것이라고 인정하거나, 일응 이를 수령하였다고 추

정하여야 하는 것이 아니다. 따라서 우편물이 수취인에게 도달하였는지의 여부는 이를 주장함으로서 이익을 갖는 자가 그 입증을 하여야 하고, 우편에 붙인 사실은 반드시 우편물수령의 입증책임에 전환을 초래하는 것이 아니다. 그리고 본건에서 상고인은 본건 외상대금을 환어음으로 하여 보통우편으로 붙이고 피상고인 앞으로 발송하였으며, 피상고인은 같은 어음으로부터 그 금원을 수령하였다는 취지를 주장하였다. 피상고인은 당해 어음금원수령의 사실을 부정한 것은 원판결이 인용한 제1심판결의 당사자 쌍방의 각 사실적시에 비추어 명백하므로, 상고인이 환어음을 보통우편에 의하여 피상고인 앞으로 발송한 사실은, 원심에서 당사자 사이에 다툼이 없다고 하여도, 그 수령을 추정하는 특별규정이 없으므로 피상고인이 당해 어음을 수령하였음은 상고인이 그 입증을 할 책임이 있고, 피상고인이 같은 어음을 수령하지 아니하였음을 입증하여야 할 책임이 발생하지 아니한다. 그러므로 원판결이 상고인이 피상고인 앞으로 보통우편에 의하여 환어음을 발송한 사실을 확정하면서도, 입증책임을 상고인에게 부담시키고 피상고인이 같은 어음 및 어음금을 수령한 것을 인정하지 아니한 것은, 아무런 채증의 법칙에 위반되는 점이 없으므로, 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것에 의하여 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

39 약속어음청구에 관한 건
〔대정4년민상제197호 1915년 9월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 어음의 소지인은 상환청구를 함에 있어 거절증서를 작성시키지 아니한 때에도, 그 작성을 면제한 자에 대하여는 어음상의 권리를 상실하지 아니한다.

1. 거절증서의 작성면제는 이를 어음에 명기하지 아니한 때에도, 직접 당사자 간에 있어서는 그 작성면제의 효력을 갖는다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 조철희
소송대리인 김성만
【피상고인】 원전구삼랑(遠田久三郞, 엔다)

위 당사자 간의 약속어음 청구사건에 관하여 1915년 6월 9일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결에서 본건의 유일한 쟁점은 피항소인(상고인)은 항소인(피상고인)에 대하여 거절증서작성을 면제하였는지의 여부에 있다. 따라서 이를 검토하면, 피항소인(상고인)은 이를 면제한 일이 없다는 취지를 항변하였지만, 증인 이상은의 갑 제1호증 약속어음은 소외 윤치성이 증인의 주선에 의하여 항소인(피상고인)에게 교부하고 금원을 차용한 것으로, 피항소인(상고인)의 인감은 그와 같이 2개 날인되어 있다. 항소인(피상고인)은 피항소인(상고인)에게 확인하려고 윤치성과 증인과를 동반하고 피항소인(상고인)에게 찾아가, 같은 사람에 대하여 기일에 틀림없이 지급할 것인가 묻자, 피항소인(상고인)은 윤치성이 지급하지 아니하면 거절증서가 없어도 자신이 틀림없이 지급할 것에 관하여, 배서명하의 인영의 우측 날인부분에 거절증서작성면제의 사항을

기입하여도 상관없다고 답한 취지의 진술을, 갑 제1호증 중 배서란 피항소인(상고인)명 아래 및 그 오른쪽에 같은 사람의 인장을 날인한 사실에 대조하여 고려한다면, 피항소인(상고인)은 항소인(피상고인)에 대하여 배서의 당시 거절증서의 작성을 면제한 것으로 인정하기에 충분하다. 그러나 갑 제1호증 중 그 배서인인 상고인명 아래에 2개의 인영이 날인되어도, 이로써, 바로 상고인은 거절증서작성을 면제할 의사를 표시한 것으로 인정할 수 없고, 또한 같은 호증 중 작성을 면제한다는 취지의 기재 없이 위 증서를 작성시킨 것은, 제1심에서 피상고인이 자인하는 바이다. 그렇다면 피상고인은 거절증서를 작성시키지 아니하는 한, 배서인인 상고인에 대하여 그 상환청구의 권리를 갖지 아니함은 물론이다. 상법 제487조, 같은 제2항, 같은 법 제515조의2에 의하면, 상환청구를 하려면 지급거절증서의 작성을 필요조건으로 하였음은 명료함에도 불구하고, 원심은 증인 이상은의 증언 및 같은 호증 중 배서인인 상고인명 아래에 2개의 인영이 날인되어 있는 점으로, 바로 상고인은 피상고인에 대하여 배서의 당시 거절증서의 작성을 면제한 것이라고 추정하고, 상고인에게 패소를 선고한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 어음의 소지인은 상환청구를 함에 있어 거절증서를 작성시키지 아니한 때에도, 그 작성을 면제한 자에 대하여는 어음상의 권리를 상실하지 아니함은 물론, 거절증서의 작성면제는 그 작성을 면제한 자와 면제를 받는 자와의 직접당사자 간에 있어서는, 가령 이를 어음에 명기하지 하지 아니하여도 그 작성면제의 효력을 갖는다. 그리고 원판결은 논지 중에 적기하는 것과 같이, 증인 이상은의 증언 및 갑 제1호증 중 배서인인 상고인 명의 아래에 2개의 인영이 날인된 사실을 대조・고려하여, 상고인은 본건 어음의 소지인인 피상고인에 대하여 배서의 당시 거절증서의 작성을 면제한다는 의사표시를 하였다는 사실을 인정한 것이라면, 당해 어음에 거절증서작성을 면제할 취지의 기재가 없고, 또한 거절증서를 작성시킨 것이 아니라 하여도, 상고인에 대한 상환청구를 할 수 있으므로, 그 청구를 인용한 원판결은 위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

이상의 설명에 의하여 본건 상고를 이유가 없다고 하고 민사소송법 제439조 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

40 땔감(薪)소유권확인 및 인도청구에 관한 건
〔대정4년민상제180호 1915년 9월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 공유부동산에 관하여 공유자 일동이 협의 후 그 중의 1인의 명의로 그 소유권보존증명을 받았을 때에는, 반증이 없는 한 신탁행위에 의한 것으로 인정하는 것이 상당하다.

【제 1 심】 경성지방법원 청주지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 문성호
소송대리인 정구창
【피상고인】 이경선 외 1인
피상고인 겸 소송대리인 이정연

위 당사자 간의 땔감(薪)소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1915년 4월 28일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 항소비용 중 피항소인 궐석에 의하여 발생한 부분은 피항소인의 부담으로 한다는 부분을 제외하고, 그 밖의 부분을 파기한다.

본건을 경성복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심에서 상고인(항소인)은 계쟁 산판(山坂)(입목을 포함하는 것으로 한다, 이하 같다)이 피상고인 등의 공유라고 하지만, 피상고인 등의 일문의 소유권을 보전하기 위하여 일문 협의 후, 이성선의 선대 이재준 생전에 그 명의로 당해 산판(山坂)에 관하여 지적보고 및 소유권보존증명을 받았음은, 피상고인 등이 인정하는 바이므로(원판결 사실적시 중 피항소인의 진술 참조), 당해 사실에 의하여 피상고인 등이 그 소유권을 이재준에게 보전의 목적으로 양도한 것임을 인정할 수 있다. 즉 위 행위는, 피상고인 등은 그 소유권을 이재준에게 당해 신탁행위에 의하여 양도하였으므로, 그 효력은 이재준 또는 그 상속인 이성선 및 피상고인 등 당사자 사이에는 소유권이전의 효과가 발생하지 아니하지만, 이성선으로부터 매수한 제3자인 상고인에 대한 외부관계에서는 피상고인 및 이재준 간에는 전적으로 소유권이전의 효과가 발생하고, 그 당사자 사이 내부관계상의 대항력으로 제3자인 상고인에게 대항할 수 없다. 이것은 피상고인 등이 이재준 명의로 매매에 의한 소유권이전증명을 얻은 경우와 조금도 다르지 아니하다. 논자가 말하는, 소유권을 보전하기 위하여 쌍방 협의하여 이재준 및 피상고인 등이 이재준 명의로 토지소유권보존증명을 받은 사실은 신탁행위가 아니고 신탁행위란 법률행위이므로, 소유권보존증명신청을 하고 그 증명을 얻은 행위는, 부동산증명령의 공법상의 행위이고 법률행위가 아니기 때문이다. 매매에 의한 소유권이전증명을 한 경우에는, 매매를 하고 그 소유권을 타인에게 신탁하는 행위이므로 신탁행위라고 말할 수 있지만, 앞의 예의 경우에는 위와 같은 신탁행위가 없기 때문이다. 그러나 본건의 경우와 같이 이재준 및 피상고인 등 협의 후 그 공유상태에 있는 소유권을 보존하기 위하여, 이재준의 단독소유로 하여 지적신고 및 소유권보존증명을 받은 것은(피상고인이 인정하는 사실), 이것은 바로 피상고인 및 이재준 쌍방의 의사가 합치하여 그 쌍방의 공유상태에 있어서의 소유권을 이재준의 단독소유로 하고, 이에 따라 이재준에게 신탁한 소위 신탁행위임에 틀림없다. 그리고 보존증명을 신청하고 지적신고를 한 것은, 즉 피상고인이 인정하는 것과 같이 소유권을 보존하기 위하여 협의를 하고, 의사가 합치된 위 신탁행위를 실행한 공법상의 행위에 불과하다. 마치 매매를 하고 소유권을 타인에게 신탁하는

사법상의 약속을 하고, 그 약속에 기하여 소유권이전증명신청인 공법상의 행위를 한 것과 같다. 상고인은 위 사유로 항변을 하고 극력 피상고인 등이 그 소유권으로 상고인에게 대항할 수 없다고 주장하였지만, 원판결은 피상고인 등 및 이재준은 협의 후 그 소유권을 보전하기 위하여 계쟁 산판(山坂)을 이재준의 단독소유로 하고, 그 명의로 지적신고 및 소유권보존증명을 받았음을 인정(피상고인은 이를 인정하는 바이다)하면서, 또한 한편에서 "이재준 및 다른 공유자 사이에서 이를 이재준의 단독소유로 위부(委付)하였다고 인정되는 의사표시에 관하여, 무엇인가 구체적으로 이를 인정할만한 것이 없는 한, 위 당사자 사이에 어떠한 신탁행위가 있는지 알 수 없기 때문에, 위 증명의 한 가지로 바로 위 이재준은 신탁행위에 의하여 당해 산판(山坂)에 대한 단독소유권을 취득한 것이라고 할 수 없음은 물론이고, 항소대리인의 주장은 이유가 없다"라고(상고인도 당사자 사이에는 소유권이전을 주장하지 아니하고, 단지 제3자인 상고인에게 대항할 수 없을 뿐) 일사천리적으로 막연하게 설명하였다. 위 설명한 이유를 간과하고 상고인의 청구를 배척한 것은 상고의 이유와 같이 단지 법률의 해석을 그르치고 부당하게 법률을 적용한 불법이 있을 뿐만 아니라, 이에 더하여 이유를 붙이지 아니한 위법이 있다.

살피건대, 원판결은 상고인이 1914년 음 3월 20일 소외 이성선으로부터 경기도 양평군 용문면 월성리 소재 산판(山坂)에 생립(生立)하는 수목을 대금 160원으로 매수한 사실 및 같은 산판의 수목은 같은 산판과 함께 피상고인 일문의 공유에 속하고, 이성선은 그 공유자의 1인인 사실을 인정하고, 또한 상고인은 같은 산판은 이성선의 부(父) 이재준의 명의로 보존증명을 받았으므로 위 산판은 가령 피상고인 등 일문의 공유에 속하다고 하지만, 위 이재준은 그 일문 공유자와의 사이에 있어서 신탁행위에 의하여 소유권을 취득한 것이라는 취지를 주장하고, 피상고인 등은 같은 산판(山坂)에 관하여 피상고인 등 일문의 소유권을 보존하기 위하여 일문 협의 후, 공유자의 1인인 이재준 명의로 보존증명을 받은 사실이 있음을 인정한 것은, 원심 1915년 3월 26일, 같은 4월 9일의 각 구술변론조서에 비추어 명백하다. 그리고 <u>공유부동산에 관하여 공유자 일동 협의 후 공유자의 1인의 명의로 그 소유권보</u>

존증명을 받으려고 하려면, 신탁행위에 의하거나 권리이전의 진의 없이 마치 그 권리이전이 있는 것과 같이 가장하거나, 어느 것인가 그 하나를 하여야 하는 것으로, 그 어느 것인지 불명인 경우에는, 당사자는 통상 유효한 법률행위를 한 것으로 해석하여야 하므로, 신탁행위에 의한 것이라고 인정함이 상당할 뿐만 아니라, 공유자 일동이 권리보전을 위하여 신탁행위에 의하여 공유자 1인의 명의로 소유권의 보존증명을 받았을 때에는, 신탁자 및 수탁자 사이에는 그 보전의 목적을 수행함에 필요한 범위 내에서 권리의 이전이 이루어진 것이고, 그 권리이전의 효력에는 그 자체로 제한이 있다. 즉, 당사자 사이의 내부관계에서는 권리의 이전이 없어도, 외부관계에서는 신탁자는 그 보존되는 소유권을 수탁자에게 위부(委付)하고, 수탁자는 이에 의하여 소유자가 되는 것이므로, 같은 사람 또는 그 상속인으로부터 권리의 양도를 받은 자는 처음부터 완전히 그 권리를 취득함은 두말할 필요가 없다. 따라서 피상고인 등 일문 협의 후, 본건 공유 산판(山坂)의 소유권보존을 위하여 공유자의 1인인 이재준의 명의로 그 보존증명을 받은 것은, 원심에서 피상고인 등이 인정하는 바이고, 만일 이와 같은 사실이 존재하는 때에는, 일응 이재준 및 피상고인 등 공유자 간에 신탁행위가 있는 것으로 인정하고, 피상고인 등 공유자는 모두 외부관계에서는 본건 산판에 대한 지분을 공유자의 1인인 이재준에게 이전하였으며, 같은 사람은 이에 의하여 그 단독소유권자가 되는 것이다. 그렇다면 이성선이 위 이재준의 상속인이므로, 같은 이성선으로부터 본건 산판입목을 매수한 상고인이 완전히 그 소유권을 취득할 뿐만 아니라, 위 피상고인 등의 진술은 상고인의 본건 산판은 가령 피상고인 등의 공유라고 하지만, 협의 후 이재준의 명의로 소유권의 보존증명을 받은 것이라는 취지의 주장을 시인한 것임에도 불구하고, 원심은, 항소대리인은 상기 산판에 관하여 이성선의 부(父) 이재준의 명의로 소유권보존증명이 존재하는 사실을 근거로 가령 당해 산판이 피항소인 등 일문의 공유라고 하지만, 위 이재준은 다른 공유자와의 사이에 있어서의 신탁행위에 의하여 단독 소유권을 취득한 것이라고 주장하는데, 위 이재준 및 다른 공유자 간에 있어서 이를 이재준의 단독소유로 위부(委付)하였다고 인정할 의사표시에 관하여, 무엇인가 구체적으로 이를 인

정할만한 것이 없는 한, 위 당사자 사이에 어떠한 신탁행위가 있었는지 알 수 없으므로, 위 증명의 한 가지만으로 바로 위 이재준은 신탁행위에 의하여 당해 산판에 대한 단독소유권을 취득한 것이라고 할 수 없음은 물론이고, 항소대리인의 주장은 이유가 없다라고 설시할 뿐이다. 원심이 상기 피상고인 등의 진술을 간과하고 이재준 명의의 본건 산판소유권보존증명이 공유자의 협의에 의한 것인지의 여부의 사실을 확정하지 아니하고, 만연히 상고인의 주장에 의하여는 어떠한 신탁행위가 있었는지 이를 알 수 없다고 하여, 상고인의 청구를 배척한 것은 타당하지 아니하다. 상고인의 본 논지는 결국 피상고인 등이 본건 산판의 소유권보존증명은 공유자 협의 후 이재준의 명의로 이를 받은 것임을 자인함에도 불구하고, 이재준 그 밖의 공유자 사이에 어떠한 신탁행위가 있었는지 이를 알 수 없다고 하며, 상고인의 주장을 배척하였음을 비난하는 것임에 틀림없다. 그렇다면 본 논지는 이유가 있고, 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건은 아울러 위 보존증명이 공유자 일동의 협의로 이루어진 것인지의 여부를 정하고, 만일 공유자 일동의 협의로 이루어진 것이라고 할 때에는, 반증이 없는 한 일응 신탁행위라고 인정하고, 나아가 이성선이 이재준의 상속인인지의 여부를 확정하지 아니하면, 본소의 당부를 정할 수 없다. 따라서 다시 그 심리를 하게 하기 위하여 본건을 경성복심법원으로 환송함이 상당하고, 또한 이 점에서 원판결을 파기하는 이상은, 상고인의 그 밖의 상고이유에 관하여는 따로 설명할 필요가 없으므로 설명을 생략하고, 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

41 약속어음금청구에 관한 건
〔대정4년민상제207호 1915년 10월 8일 판결〕

【판결요지】

1. 민사소송법 제418조의 규정에 의하여 제1심에서의 자백을 제2심에서 효력이 있게 하려면, 당사자가 제2심에서 그 자백을 인용하여야 한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 이종희
법률상대리인 친권자 윤정원
【피상고인】 성육태(城六太, 조)

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1915년 7월 1일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
제1심에서 피상고인(원고)이 본건 약속어음(갑 제1호증)에는 발행지의 기재가 없다고 자백하였음은, 제1심판결의 사실적시 및 이유 중의 기재에 의하여 명백하다. 그런데 제2심에서 피상고인(항소인)은 본건 어음 중 발행인의 명칭과 함께 기재된 주소는 발행지를 기재한 것으로, 그 상부에 있는 주소라는 부동문자는 삭제하는 것을 유탈(遺脫)하였다는 취지로 변경하였다. 그리고 민사소송법 제418에 의하여 제1심에서 한 자백은 제2심에서도 역시 그 효력을 가짐에도 불구하고, 원판결은 이러한 점에 관하여 아무런 설명이 없이, 단지 발행인 이근배 명의의 명칭에 발행지 및 주소의 표시로서 '경성부 관철동 130번지'라는 기재가 있는 것을 발행지의 기재를 구비한 유효한 어음이라고 인정하

였음은 위법하다.

살피건대, 일건 기록을 보면, 제1심판결의 적시사실에 의하여 피상고인(원고)이 상고인(피고)의 항변에 대하여, 본건 어음에는 발행지를 표시하여야 하는 문자의 기재가 없음은 이를 인정한다는 취지의 진술을 하였음은 명백하지만, 그 진술에 계속하여 당해 어음에 발행인의 주소로 기재한 것은 발행지를 겸한다는 의미를 기재한 것이라고 주장하고, 어음은 발행지의 요건을 구비하여 유효한 것이라고 항변하였음은 조금도 의심할 여지가 없으므로, 피상고인의 상기 진술은 필경 어음 중의 발행지로 기재된 아래에 발행지를 표시하는 문자의 기재가 없음을 인정한 취지임이 틀림없다고 해석할 수 있고, 이를 가리켜 어음에 발행지의 기재가 없음을 자백한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 상고인이 민사소송법 제418조를 인용하여 원판결을 공격하는 것은 타당하지 아니할 뿐만 아니라, 같은 조의 규정에 의하여 제1심에서 자백을 하고 제2심에서 그 효력이 있게 하려면, 당사자가 제2심에서 이를 인용하여야 하는데, 상고인은 원심에서 피상고인의 자백을 인용한 흔적이 없으므로, 원심이 논지에서 말하는 자백의 점에 관하여 아무런 설명을 하지 아니한 것은 당연하고 위법하지 아니함은 물론, 피상고인의 상기 진술은 이미 전단에서 설명한 것과 같이 자백이라 할 수 없음으로, 자백이라 보고 이로써 원판결을 비난 공격하는 것은 타당하지 아니하다. 따라서 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 "피항소대리인은 위 어음은 발행지의 기재가 없는 무효인 것이라는 취지를 항변하지만, 당해 어음 중 발행인 이근배 명의의 명칭에 발행지 및 주소의 표시로서 '경성부 관철동 130번지'라는 기재가 있어, 발행지의 기재를 구비한 유효한 어음임은 의심할 여지가 없다"고 하였지만, 상법 제525조에 의하여 약속어음에 기재하여야 하는 요건인 발행지란, 발행의 표시라고 추지(推知)할 수 있는 문자의 기재 또는 그 기재방법만으로는 아직 위 요건을 구비하였다고 말할 수 없다. 반드시 상당하는 난 안에 발행지를 표시하는 문자의 기재가 있어야 한다. 그런데 본건 약속어음에 있어서 원판결이 발행지의 기재라고 인정한 경성부 관철동 130번지는, 이 발행지의 표시가 아니고 주소의

표시임은 본건 약속어음(갑 제1호증)에 비추어 명료함에도 불구하고, 같은 어음에 기재가 없는 문자를 같은 어음 중 발행지란과 주소란의 중간에 그와 같은 문자의 기재가 있는 것과 같이 추정적으로 이를 해석함으로서, 당해 어음 중 발행인 이근배 명의의 명칭에 발행지 및 주소의 표시로서 경성부 관철동 130번지라는 기재가 있고, 발행지의 기재를 구비한 유효한 어음이라고 하는 것은, 결국 주소의 표시는 즉 발행지의 표시라고 추정한 것으로, 발행지에 경성부 관철동 130번지의 문자기재가 없으므로, 발행지의 기재가 있다고 말할 수 없다. 요컨대, 약속어음은 요식증권이므로 형식상 완전한지의 여부에 의하여 그 효력을 정하여야 하고, 어음기재의 사항 또는 그 문자를 추정적으로 해석하여서는 아니 된다. 원판결이 부당함은 이에 의심할 여지가 없다.

살피건대, 약속어음에 발행지를 기재하여야 하는 일정한 개소(個所)가 있는 경우라 하여도, 반드시 그 개소에 발행지를 표시하여야 할 문자를 기재할 필요는 없고, 그 어음 중 다른 개소에서 발행지를 표시하는 것도 가능하다. 따라서 발행지라고 기재된 아래에 그 발행지를 표시하여야 할 문자를 기재할 필요가 없고, 그 어음 중 다른 개소에 발행지를 표시할 수 있다. 그러므로 발행지라는 기재 아래에 그 발행지를 표시하여야 할 문자의 기재가 없고 그 다음의 주소라는 기재 아래에 지명의 기재가 있는 경우에, 그 지명의 기재가 발행지 및 주소의 기재로서 표시되었다고 인식할 수 있을 때에는, 그와 같이 해석하여 발행지의 기재가 있는 유효한 어음이라고 인정하는 것은 필경 사실심의 직권행위에 속하고, 원래 이를 주소의 표시로서 발행지의 표시라고 추정하여 유효한 어음이라고 인정한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 원심이 본건 어음 중 발행지와 주소와의 사이에 '및'의 문자의 기재가 없어도, 연속적으로 독해하여 발행인 이근배 명의의 명칭에 덧붙여 기재된 경성부 운운의 지명이 발행지와 주소를 표시한 것으로 해석하고, 발행지 및 주소의 표시라고 설시하여 발행지의 기재가 있는 유효한 어음이라고 인정한 것은, 아무런 위법한 점이 없다. 본 논지는 결국 원심의 직권에 속하는 증거판단을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

42 공동입회(入會)권확인청구에 관한 건
〔대정4년민상제211호 1915년 10월 15일 판결〕

【판결요지】

1. 동리(洞里)민 전체가 소송당사자인 경우에 있어서, 그 동리를 표시하고 당해 동리장이 그 대표자가 되어 유효하게 소송행위를 하여 온 것은 조선에서의 종래의 관습이다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 녹전동 외 7인 대표자 이장 정기찬 외 7인
소송대리인 이한길
【피상고인】 정진옥 외 9인

위 당사자 간의 공동입회(入會)권확인 청구사건에 관하여 1915년 5월 29일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주　문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이　유】

상고이유는 다음과 같다.

본건 계쟁의 요점은 상고 각동의 동(洞) 소유 산판(山坂)에 대한 입회권(入會權)으로서, 그 목적인 산판은 동리 소유의 재산임은 상고인

의 제1심에서의 소장에 의하여 명료하다. 그리고 면동리(面洞里) 소유의 재산은 특별한 경우를 제외하고 원래 면장이 관리하여야 하는 것임은, 1911년 관통첩 제106호 면동리소유재산관리에 관한 건 및 같은 통첩에 의하여 본소 목적인 산판 소재의 경상북도에서 제정한 면동리소유재산관리규정에 의하여 명백하므로, 면동리 소유재산에 대한 소송에 관하여는 그 목적재산인 산판 소재의 면장이 대표자가 되어야 한다. 그런데 본건은 면동리 소유재산에 관한 소송이고, 또한 특별규정에 의하여야 할 증거가 없음에도 불구하고, 그 대표자격이 없는 이장이 소를 제기한 것으로 그 소는 부적법하고, 또한 그와 같은 소송능력에 관한 것은 직권조사에 속하는 사항으로서, 당사자의 의사에 의하여 좌우되는 것이 아니므로, 그 소는 각하되어야 한다. 그럼에도 제1심 및 원심에서 모두 이를 간과하고, 본안판결을 한 것은 불법이다.

살피건대, 이동민 전체가 소송당사자인 경우에 있어서, 그 동리민의 성명을 일일이 표시하지 아니하고, 단지 그 동리를 표시하고 당해 동리장이 대표자가 되는 것은 조선에서의 종래의 관습임은 당원 판례가 판시하는 바이다. 그리고 본소는 상고 각 동민 등이 본건 산판에 관하여 피상고인 등과 입회권을 공유한다고 주장하고, 피상고인에게 당해 입회권이 있다는 확인을 청구하는 것임은, 소장 및 원판결이 인용하는 제1심의 적시사실에 의하여 명백하다. 따라서 원판결에서 동리민 전체가 당사자로서 소송을 하는 경우에 있어서, 그 동리민의 성명을 일일이 표시할 필요 없이 단지 동리라 표시함으로서 충분하고, 그러한 경우에 이장이 대표자가 되어 소송행위를 할 수 있다는 이유를 붙여, 본건 동리민 등이 한 소송은 그 당사자의 표시 및 그 대표자의 자격에 부적법한 것이 없다고 판시한 것은 상당하다. 소론 통첩과 같은 것은 동리민 전체의 소송행위에 관한 사항을 포함하지 아니함은 물론, 단지 동리 소유의 재산을 정리시키는 목적으로 그 재산의 관리규정을 만드는 준칙을 정무총감으로부터 각도의 장관에 대하여 지시한 것에 불과하다. 그 효력은 당해 통첩에 기재하는 행정관 이외에 일반적으로 아무런 기속력을 갖는 것이 아니라면, 당해 통첩 및 당해 통첩에 기한 동리유재산의 관리규정을 운위하고, 대표자격이 없는 이장이 대표자가 되어 본소를 제기한 것은 부적법하다는 본 논지는 그 이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본소 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

43 강제집행이의에 관한 건 〔대정4년민상제186호 1915년 10월 19일 판결〕

【판결요지】

1. 소유권취득의 원인인 가공은, 재료에 공작을 가하여 하나의 새로운 물건을 작성함을 지칭한다. 따라서 살아 있는 소를 도살해체하고 소의 가죽을 벗긴 것만으로는 아직 공작에 의하여 새로운 물건을 작성한 것이라고 말할 수 없다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 공주지방법원 서산지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 윤성옥
소송대리인 영정도충(永井道忠, 나가이)
【피상고인】 진원칠우위문(津原七右衛門, 즈하라)

위 당사자 간의 강제집행이의사건에 관하여 1915년 5월 25일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심이 그 이유 중에 항소인이 채무자인 박감술 주거에 집행관을 보내 계쟁물건에 대하여 압류의 집행을 하게 한 것은, 당사자 간 다툼이 없는 바(이상 요약)라는 취지를 설명하고, 계쟁물이 채무자인 박감술의 주소에 존재한 사실을 인정하였다. 보통 동산의 소유권은 그 점유자에게 속하는 것은 일반적인 원칙이고, 이와 반대의 판결을 하려면 그 증거를 들어 상당한 설명을 하여야 한다. 그런데 원심에서는 아무런 설명도 없고, 이 일반적인 원칙에 반하는 판결을 한 것은 법률에 위반한 것이며 이유불비라 하여야 하고, 도저히 불법임을 면할 수 없다.

살피건대, 점유자가 그 점유물에 행사하는 권리는 이를 적법하게 갖는 것으로 추정됨은 민법 제188조에 의하여 명백하다고 하여도, 달리 반증이 있는 경우에는 그 점유물이 점유자의 권리에 속하지 아니한다고 하여, 달리 그 권리자가 있음을 인정하는 것은 조금도 불가능하지 아니하다. 그리고 원판결이 본건 계쟁물의 압류는 소외 박감술의 주소에서 행하여졌음을 인정한 것은 논지 소론과 같다고 하여도, 같은 판결은 나아가 증인 박감술, 이회윤의 진술 및 갑 제1호증의 기재 등을 종합 고려하여, 피항소인(피상고인)은 1914년 12월 중 소외 박감술과의 사이에 소 위탁매매계약을 체결하고, 감술은 피항소인으로부터 위탁받은 소 매수대금을 피항소인에게 지급하고 잔여의 이익은 감술이 이를 취득하며, 또한 도살한 소의 가죽은 이를 피항소인에게 반환한다고 정하고, 이후 피항소인으로부터 그 매수에 관계된 소를 감술에게 교부하고 현재에 이른다. 그리고 본건 계쟁 소 한 마리는 상기 계약취지에 기하여 피항소인으로부터 감술에게 교부한 것이고, 또한 계쟁 소 가죽 4장은 동일하게 피항소인으로부터 위 감술에게 교부한 소를 같은 사람이 도살하고 벗긴 것임을 인정하고, 계쟁 물건은 피상고인의 소유에 속함을 판단한 것이라면, 원판결은 증거에 의하여, 박감술은 피상고인을 위하여 본건 계쟁물의 대리점유를 한 것으로, 그 소유권은 피상고인에게 있음을 인정한 것이므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심은 그 판결 이유 중에 “증인에게 교부한 소를 증인이 도살하고 당해 우육(牛肉)을 판매하고” 운운이라고 설명하고, 채무자인 박감술

이 피상고인으로부터 소의 교부를 받아 이를 도살 판매한 사실을 인정하였다. 즉, 채무자 박감술은 피상고인으로부터 교부를 받은 소를 처분하고 이를 고기와 가죽으로 나누어 전적으로 그 성질을 변경시킨 것이므로, 그 새로운 물건은 이를 채무자인 박감술의 소유라고 보아야 함은 일반적인 원칙이다. 그런데 원심은 아무런 증거 및 설명 없이 이에 반하는 판결을 한 것은 불법이다.

살피건대, 소유권취득의 원인인 민법의 소위 가공이라는 것은, 재료에 공작을 가하여 하나의 새로운 물건을 만드는 것이다. 그리고 원판결은 전단 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같이, 본건 계쟁 소가죽 4장은 피상고인 및 박감술 사이에 체결된 소 위탁판매계약에 기하여, 피상고인으로부터 박감술에게 교부된 소를 같은 사람이 도살하고 벗긴 것임을 인정한 것으로, 이와 같이 단지 박감술이 소를 도살 해체하고 소가죽을 벗긴 것만으로는, 아직 공작에 의하여 새로운 물건을 만든 것이라고 말할 수 없으므로, 원판결이 본건 계쟁 소가죽 4매를 여전히 소의 위탁자인 피상고인의 소유에 속한다고 인정한 것은, 상당하고 논지와 같은 불법이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

44 토지인도 및 증명말소절차청구에 관한 건 〔대정4년민상제222호 1915년 10월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제541조의 규정에 따라 이행을 최고하기 위하여 정한 기간이 상당한지의 여부는, 항변으로서 제출되어야 비로소 판정하여야 하고, 법원이 직권상 조사하여야 하는 사항에 속하지 아니한다(상고이유 제1점).

1. 가장매매에 의한 매수인처럼 그 매매가 무효이고 실체상 아무런 권리를 취득하지 아니하는 자는, 조선민사령 제13조 및 민법시행법 제37조에 소위 제3자에 해당하지 아니한다(상고이유 제2점, 같은 제4점).

【제 1 심】 부산지방법원 마산지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 무촌수지(武村壽枝, 다케무라)
소송대리인 소합신(小合伸, 고아이)
【피상고인】 박해인

위 당사자 간의 토지인도 및 증명말소절차 청구사건에 관하여 1915년 3월 16일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 "우선, 항소인의 항변에 관하여 살피건대, 피항소인은 … 그러나 계약당사자의 일방이 상당한 기간을 정하여 이행의 청구를 하는 것은, 민법 제541조에 의한 이행청구권의 행사에 관하여 당사자가 준수하여야 할 절대적 요건이 아니고, 상대방에 속하는 하나의 항변방법에 불과하다. 따라서 법원은 상대방의 항변이 있는 경우에 이 조건의 충족 여부를 심판함으로서 족하고, 이 점을 조사할 책무가 없다. 본건에서 피항소인에게 상기 최고 및 해제의 통지를 받은 사실을 인정하면서, 유예기간은 상당하지 아니하다고 항변하지 아니하였으므로, 위 기간이 상당한지의 여부를 직권상 조사할 필요가 없고, 위 화해계

약은 유효하게 해제된 것으로 인정하여야 한다. 위의 2일의 유예기간은 상당하지 아니하다는 항소대리인의 진술은 당해 인정에 아무런 영향도 미치지 아니한다”고 판시하였다. 그러나 민법 제541조에는 당사자의 일방이 그 책무를 이행하지 아니할 때에는, 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 만일 그 기간 내에 이행이 없을 때에는 계약의 해제를 할 수 있다고 불이행에 의한 해제의 일반조건을 규정한다. 즉, 같은 조에 의하면, 계약당사자의 일방이 그 채무를 이행하지 아니하여도 상대방은 바로 계약을 해제할 수 없고, 반드시 상당한 기간을 정하여 최고를 하며, 만일 당해 기간 내에 이행을 받지 아니할 때에는, 이에 비로소 계약의 해제를 할 수 있다고 한다. 왜냐하면, 해제는 그 성질이 계약의 이행과 반대가 되므로, 가령 당사자의 일방이 채무의 변제기임에도 불구하고 이를 이행하지 아니한 책임이 있어도, 바로 계약의 해제를 하는 것은 그 자에 대하여 가혹할 뿐만 아니라, 당사자가 계약을 체결한 당시의 의사에 반하는 것이 현저하기 때문이다. 요컨대, 상당한 기간을 정하여 이행의 청구를 하는 것은 계약해제의 일반적 요건이고, 또한 당사자가 준수하여야 하는 절대적 요건으로서, 원심 판시와 같이 계약상대방이 갖는 하나의 항변방법이 아니다. 따라서 법원은 상대방의 항변이 있는 경우에만 당해 조건의 충족 여부를 심판함으로서 충분한 것이 아니고, 계약해제에 필요한 일반적 요건으로서, 법원은 직권으로 조사의 책임을 부담한다. 그렇다면 피상고인이 유예기간이 상당하지 아니하다는 항변을 하지 아니하여도, 상고인이 주장하고 또한 부산지방법원 마산지청 제1회 구술변론조서 기재와 같이 피상고인이 화해계약을 부인한 본건에서는, 직권상 판시할 책임이 있다. 그럼에도 피상고인이 유예기간이 상당하지 아니하다는 항변을 하지 아니하였으므로, 위 기간이 상당한지의 여부를 직권상 조사할 필요 없이 위 화해계약은 유효하게 해제되었다고 판시한 것은, 민법 제541조의 해석을 그르친 타당하지 아니한 판결이다.

살피건대, 당사자의 일방이 채무를 이행하지 아니하여 상대방으로부터 어떤 기간을 정하여 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이행이 없다는 이유로 계약의 해제를 할 때에, 그 기간이 민법 제541조에 규정된 상당한 기간에 해당하는지의 여부는, 그 최고를 받은 자로부터 상당한

기간이 아니라는 항변을 제출한 경우에, 그 판단을 함으로써 족하고, 그 항변이 없음에도 불구하고 법원이 직권으로 조사하여야 하는 사항에 속하지 아니하므로, 원심에서 최고를 받은 피상고인으로부터 그 항변이 제출되지 아니한 사실을 인정하고, 직권상 조사하여야 하는 책무를 갖지 아니한다고 판시하여 화해계약이 유효하게 해제되었음을 인정함은 상당하고, 아무런 위법이 없으므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 또한 그 말미에서 말하길, “항소인은 계쟁지를 다시 소외 소합신(小合伸, 고아이)으로부터 매수한 사실의 유무를 살피건대, 성립에 다툼이 없는 을 제20호증, 제21호증{항소인과 소합신(小合伸, 고아이) 간의 토지매매계약 2통}에 의하면, 일응 위 양인 사이의 매매계약의 존재를 인정할 수 있게 되지만 을 제20호증, 제21호증의 매매계약은 부부가 서로 통모하여 한 가장의 계약이라고 인정함을 적절하다고 판단한다. 항소인과 소외 소합신(小合伸, 고아이)과의 사이에 있어서의 매매계약은 을 제20호증, 제21호증에 의하면, 1913년 5월 중에 발생한 사항이지만, 그 가장에 의한 것으로 무효임은 상기 설명과 같으므로, 당해 매매계약에 의하여 계쟁지에 관하여 항소인은 실체상 아무런 권리를 취득하지 아니한다. 따라서 피항소인이 본건 계쟁지에 관하여 매매에 의한 소유권이전증명절차를 이행하지 아니하였음은 그 자인하는 바이지만, 항소인은 당해 증명절차의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이해관계를 갖는 제3자라고 말할 수 없다. 즉, 피항소인은 그 소유권을 항소인에게 대항함에 있어 아무런 지장이 없다. 그리고 계쟁지가 실체상 권리가 없는 항소인이 점유하고, 또한 같은 사람의 명의로 소유권증명이 되어 있는 점이 피항소인의 권리를 침해하게 되므로, 그 인도 및 당해 증명의 말소를 구하는 피항소인의 청구는 정당하다”고 판단하였다. 이상 원심 판시를 정당하다고 가정하고 소외 소합신(小合伸, 고아이)과 상고인 간의 매매를 가장이라고 한다면, 상고인에 대하여는 소외 소합신(小合伸, 고아이)으로부터 계쟁토지의 소유도 점유도 이전되지 아니함은, 실제로 원심판결 이유 중에도 그 가장에 의한 것이므로 무효인 것은 전단 설명과 같으므로, 당해 매매계약에 의하여 계쟁지에 관하여 항소인은 아무런 권리를 취득하지 아니한다 운운이라고

판시한 것이 아니었던가. 과연 그렇다면 상고인의 의사만에 의하여 점유취득의 결과가 발생하지 아니함은 당연한 이치이므로, 계쟁토지는 여전히 소외 소합신(小合伸, 고아이) 소유하에 있음은 당연한 결과이다. 그렇다면 피상고인이 점유 또는 소유회수의 소를 제기하려고 한다면 소외 소합신(小合伸, 고아이)을 소송당사자로 하여 제기하여야 하고, 상고인은 소송의 상대방이 되어야 하는 의무가 없다고 하여 피항소인의 청구를 기각하는 것이 당연함에도, 원판결은 그러하지 아니하고 상고인에게 계쟁토지인도의 의무가 있는 것과 같이 판시한 것은 부당하다. 이와 반대로 상고인에게 점유인도의 의무가 있음이 상당하다고 한다면, 적어도 본판결이 있기까지 상고인에게 점유가 있다고 말하여야 한다. 이미 계쟁토지에 대한 점유관계가 존재한다는 전제로 하여 오류가 없다고 한다면, 상고인은 계쟁토지에 대한 이해관계자로서, 어떠한 항변도 방어방법도 제출할 수 있다. 상세히 말하자면 상고인은 본건에서 피상고인을 진정한 소유자로 가정하지만, 계쟁토지에 대한 소유권증명절차를 해태하였기 때문에 선의의 제3자로서 증명령 실시의 1년 후에 소유권을 취득한 상고인에게, 자신의 소유권을 대항할 수 없다는 취지의 증명절차흠결의 항변을 제출함에 조금도 지장이 없음에도, 상고인에 대하여 정당한 이해관계를 갖는 제3자가 아니라는 이유하에 피상고인에게 소유권대항의 권리가 있다는 취지를 판시한 것은, 또한 판결의 이유에 모순이 있는 부당한 판결이라 말하여야 한다. 요컨대, 원심 판시와 같이 소외 소합신(小合伸) 간의 매매가 가장이기 때문에 상고인에게 실체상 권리가 없다고 한다면, 그 전자인 소합신(小合伸, 고아이)에게 실체상 권리가 있다고 하여야 하고 또한 의심할 여지가 없다. 그리고 실체상 권리가 없는 상고인은, 원심이 명하였지만 어떠한 권리를 인도하여야 하는가. 점유인도도 할 수 없음에도 원심은 인도 및 증명말소를 명한다. 이것은 불능을 강제하는 타당하지 아니한 판결이다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

상고이유 제2점 소론과 같이, 상고인은 조선민사령 제13조, 민법시행법 제37조에 의하여 피상고인에게 계쟁토지에 대한 소유권증명절차의 흠결로 인하여 당해 소유권을 제3자에게 대항할 수 없다는 취지의

항변을 할 수 있다. 즉, 조선민사령 제1조 제7호에 의하여 적용하여야 하는 민법시행법 제37조에는, 민법 또는 부동산등기법의 규정에 의하여 등기하여야 하는 권리는 종래 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있는 것이라 하여도, 민법시행일로부터 1년 내에 이를 등기하지 아니하면, 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하는 것에 비추어보면, 제3자가 이해관계를 갖는지의 여부를 불문하고, 피상고인은 계쟁 지소(地所)에 대한 등기절차를 하지 아니하였으므로 대항할 수 없다. 극론하면 본소와 같은 것도 제기할 수 없다고 말하여야 함에도, 이해관계 있는 상고인에게 본소를 제기하고 그 소유권주장을 하는 것이 부당함은 명확하다. 특히, 원심은 그 판결이유에서 상고인과 전소유자 소합신(小合伸, 고아이) 간의 매매가 가장이기 때문에, 피상고인이 본건 계쟁지에 관하여 매매에 의한 소유권이전증명절차를 이행하지 아니함은 그 자인하는 바이지만, 항소인은 당해 증명절차의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이해관계를 갖는 제3자라고 말할 수 없다라고 판시한 것은, 제2심판결 피항소인의 주장사실의 부분에 기재가 없고 또한 피상고인이 주장하지 아니한 바임에도, 원심은 그것이 있는 것처럼 판시한 것은 심리의 원칙에 위반하는 불법한 판결이다.

살피건대, 논지에서 인용하는 조선민사령 제13조 및 민법시행법 제37조의 소위 제3자는, 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경의 원인인 행위의 당사자 또는 그 포괄승계인 이외의 자로서, 그 득실 및 변경의 등기 또는 증명의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 갖는 자를 지칭하므로, 가장매매에 의한 매수인과 같이 그 매매가 무효이고 실체상 아무런 권리도 취득하지 못하는 자는, 같은 조의 제3자에 해당하지 아니한다. 이에 관하여 원판결이 상고인과 소외 소합신(小合伸, 고아이)과의 사이의 매매가 가장으로 무효인 것을 인정하고, 상고인은 실체상 아무런 권리를 취득하는 자가 아니라고 하며, 피상고인의 소유권이전증명의 흠결을 주장함에 있어 정당한 이익을 갖는 제3자가 아니라는 취지를 판시한 것은 상당하고, 조금도 위법하지 아니하다. 그리고 피상고인은 소외 소합신(小合伸, 고아이)이 박지학으로부터 매수하기 이전, 즉 1911년 10월 3일 이미 계쟁지를 그 밖의 전답과 함께 박지학으로부터 매수하였음은 원판결이 확정하는 사실이므로, 실체상 아무런

권리를 갖지 아니하는 상고인이 계쟁지를 점유하고 또한 그 명의로 소유권이전증명을 받고 있는 이상은, 피상고인의 상고인에 대한 본건 토지인도 및 증명말소절차청구는 이유가 있으므로, 원판결이 이를 시인한 것은 상당하다. 그리고 원심 1914년 11월 26일 구술변론조서에 의하면, 피항소인(피상고인) 대리인은 "박지학으로부터 소합신(小合伸, 고아이), 소합신(小合伸, 고아이)으로부터 항소인(상고인)에게 표면상 전매한 것으로 되어 있지만, 소합신(小合伸, 고아이)은 악의로서 매매라는 명의로 그 내연의 처인 항소인에게 매도한 것과 같이 꾸미고 있어도, 모두 허위의 매매를 하고 있는 것이다"라고 주장한 기재가 있으므로, 상고인과 소합신(小合伸, 고아이)과의 매매는 가장이라는 것은, 원심에서 피상고인으로부터 주장한 것임이 명백하다면, 원판결의 사실적시에 그 취지의 기재가 없어도 원심에서 피상고인으로부터 주장한 것임은 명백하므로, 그 주장이 없는 것이라고 말할 수 없다. 따라서 원판결이 가장매매의 사실을 인정한 것은 주장에 기하지 아니한 것이 아니고, 따라서 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

제1심판결은 그 이유에서 "박지학은 젊고 다액의 채무가 있다. 이를 상각하기 위하여 계쟁토지의 매각을 실모에게 부탁해 두고 있고, 타향으로 떠나 부재 중 실모가 권한에 기하여 박지학을 위하여 계쟁토지를 원고에게 매도하고 …"이라고 판시하지만, 당해 사실은 제1심 구술변론조서에 기재가 없고, 상고인, 피상고인이 주장하지 아니한 바로서, 제1심법원이 이를 적시 원용함으로써 상고인은 이를 제2심 변론시 항의하였음에도 불구하고, 만연히 제1심판결을 인가하고 그대로 항소인의 항소를 기각한 것은, 당사자가 주장하지 아니한 사실을 채택하여 재판한 불법한 판결로서, 민사소송법 제231조에 위반하는 것이다.

살피건대, 원판결은 그 판결문에 기술된 것과 같이 증거를 취사 판단하여 사실을 인정하고, 상고인은 계쟁토지를 인도하고 또한 소유권이전증명말소의 절차를 하여야 한다고 판시하여 항소를 기각하였으며, 논지에서 드는 제1심판결의 이유를 원용하여 이에 기하여 재판한 것이 아니므로, 본 논지는 결국 제1심판결에 대한 불복의 이유로서 제2심판결을 공격하는 것에 귀착되고, 적법한 상고이유가 되지 아니한다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

45 다다미 건구(建具) 등 인도청구에 관한 건 〔대정4년민상제192호 1915년 11월 2일 판결〕

【판결요지】

1. 동산은 부동산의 종물이 된다 하여도 이에 부가하여 일체를 구성하는 경우가 아니라면 저당권의 목적물이 아니다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 고성매계(古城梅溪, 후루기)
소송대리인 적미호길(赤尾虎吉, 아까오)
【피상고인】 고목수(高木壽, 다까기)

위 당사자 간의 다다미, 건구(建具) 등 인도 청구사건에 관하여 1915년 4월 15일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결 이유에서 "보통 동산은 저당물인 부동산에 부가하여 일체를

구성하는 경우가 아니라면, 이로써 저당권의 목적물로 할 수 없음에도, 계쟁 물건인 냄비, 문은 단지 용법상 가옥에 부속함에 그치고, 이에 부가하여 일체를 구성하는 것이 아니므로, 소외 과도조흥(鍋島朝興, 나베시마)이 항소인에 대하여 가옥에 저당권을 설정함에 있어 계쟁 물건을 제외할 의사를 표시하였는지의 여부를 묻지 아니하고, 가옥의 저당권이 계쟁 물건에 미치지 아니함은 의문의 여지가 없는 바이므로 …"이라고 판정하였다. 그런데 (1) 상기 이유 중 "보통 동산은 저당물인 부동산에 부가하여 일체를 구성하는 경우", "이에 부가하여 일체를 구성하는 것이 아니므로" 등의 설시가 있으므로, 이를 본다면, 원판결은 본건 계쟁 물건으로 본건 저당권의 목적인 부동산의 종물로는 인정하지 않는 것 같다. 왜냐하면, 주물과 종물은 2개의 독립한 물건임을 요함은 그 관념의 하나이기 때문이다. 그러나 본건 계쟁 물건과 같이 그 물건의 소유자가 주관적으로 본건 저당물건에 상용하기 위해 설치한 것이고, 게다가 객관적으로 주종관계가 있는 것은, 저당물건의 종물이 될 수 있다는 것은 이미 학자 간 이론이 없는 바로서, 상기 이유 중 또한 "계쟁 물건인 다다미, 문은 단지 용법상 가옥에 부속함에 그치고"라는 설시가 있는 것에 비추어보면, 원판결도 역시 본건 계쟁 물건을 종물로 인정한 것이 아닌가 생각한다. 과연 그렇다면 원판결은 본건 계쟁 물건으로 본건 저당물건의 종물로 인정하지 아니하였으므로, 상고인(항소인)의 청구를 배척한 것인지, 또는 이를 종물로 인정하여도, "종물은 주물의 처분에 따른다"라는 원칙은 저당권의 경우에 적용할 수 없으므로, 상고인(항소인)의 청구를 배척한 것인지 불분명하다. 원판결은 이 점에서 이유불비로 타당하지 아니하다고 생각한다. (2) 가령 원판결에서 전단의 이유에 의하여 상고인(항소인)의 청구를 배척한 것이라고 하면, 법률상 종물의 관념을 그르친 불법이 있고, 만일 후단의 이유에 의하여 상고인(항소인)의 청구를 배척한 것이라면, 명백히 민법 제87조 제2항의 해석을 그르친 것으로, 적용하여야 하는 법칙을 적용하지 아니하여 부당하다고 생각한다{1914년 2월 10일 선고 대정2년(ソ)제184호 동경지방재판소 민사 제3부 판결, 1914년 5월 28일 선고 대정3년민제554호 경성지방법원 민사부 판결, 1914년 12월 7일 선고 대정3년제3951호 동경구재판소 민사부 판결 참조}.

살피건대, 보통 동산은 부동산에 부가하여 일체를 구성하는 경우가 아니면 저당권의 목적물이 될 수 없다. 즉, 가령 부동산의 종물인 경우라 하여도 이와 일체를 구성하지 아니하고, 여전히 동산인 성질을 상실하지 아니한 이상은, 저당권의 목적물이 될 수 없음은 민법 제370조의 법의에 의하여 추론하여 명백한 바이다. 그리고 원판결의 설시에 의하면, 본건 계쟁 물건인 다다미, 문의 용법상 가옥에 부속함에 그치고 이에 부가하여 일체를 구성하는 것이 아니라는 사실을 인정한 다음, 상기의 취지에 따라 위 물건은 저당권의 목적물이 될 수 없다는 취지를 판정한 것이라면, 원판결은 상당하고 위법한 점이 없다. 또한, 원판결에서의 "다다미, 문은 단지 용법상 가옥에 부속함에 그치고 …" 이라는 설시에 의하여 본다면, 원심은 이들 물건으로 부동산인 가옥의 종물로 인정하였음이 명백하므로, 원판결의 이유에서 소론과 같은 이유불명의 점이 없을 뿐만이 아니라, 상기의 취지에 따를 때에는 본건의 저당권설정의 경우에 민법 제87조 제2항의 적용이 없음은 당연한 결과이므로, 원심이 이를 적용하지 아니한 것에 대하여 비난을 가하는 논지도 이유 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상고인은 원심에서 "계쟁 물건에 관하여는 저당권설정 당시 이를 제외할 의사표시가 없었으므로, 가옥의 경매에 있어서도 당연히 이를 포함한 것이라는 취지"를 보충한 이상(원판결 사실설시 참조), 가옥에 대한 저당권은 당연히 이에 설치된 조작물(造作物)인 다다미, 건구(建具) 등에 미치는 취지, 또한 본건 계쟁 물건 중 적어도 그 일부는 저당권설정의 당시 이를 포함한 취지도 주장하고{원심 조서 128쪽 "항소대리인은 원판결 중 원고주장 사실적시와 같은 취지의 사실관계를 진술하고, 또한 계쟁 물건은 가옥의 조작(造作)으로서 만들어 부착시킨 것으로 저당권의 목적으로 되는 것으로, 가옥과 함께 경락되는 것이라고 말하였다" 및 제1심판결서 "원판결에 제1심판결 중 원고 신청의 사실적시를 인용한 취지의 기재가 있다" 참조}, 갑 제2호증의 1 및 3, 갑 제4호증으로 이 점을 입증하였음에도 불구하고(원심 조서 130쪽 "항소대리인은 갑 제1호증의 1, 2, 3 및 제2호증의 1 내지 3으로 본건 물건을 포함하는 건물 및 택지에 관하여 저당권을 갖는 사실 및 경락허가

결정에 기하여 소유권을 취득한 것을 증명하였다” 참조), 또한 본건 물건은 피상고인에게도 본건 저당가옥의 조작물(造作物)임을 인정하고 있음에도 불구하고{원심 조서 129쪽 “피항소인은 계쟁 물건의 수량 및 피항소인이 점유하고 있는 것, 가옥의 조작(造作)인 것은 다투지 아니하지만 …” 참조}, 원판결에서는 이 점에 관한 아무런 설시를 하지 아니하였다. 이것이 이유불비라고 사료하는 이유이다.

살피건대, 본건 계쟁 물건인 다다미, 문은 부동산인 가옥과 일체를 구성하는 것이 아니다. 따라서 저당권의 목적물이 될 수 없으므로, 가령 당사자가 이를 저당권의 목적으로 할 의사표시를 하여도, 이로 인하여 저당권의 목적물인 효력이 발생하는 것이 아니다. 그렇다면 원심에서 상고인은 계쟁 물건에 관하여는 저당권설정 당시 이를 제외할 의사표시가 없었으므로, 가옥의 경매에 있어서도 당연히 이를 포함한 것이라고 주장하고, 피상고인은 소외 과도조흥(鍋島朝興, 나베시마)이 가옥을 상고인에게 저당으로 제공함에 있어, 계쟁 물건을 제외하지 아니하였다는 주장은 이를 인정하지 아니한다는 쟁점에 대하여 이를 판단할 필요가 없다고 설시한 것은 상당하고, 이유불비가 아니므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

46 전답(田畓)소유권확인 및 인도청구에 관한 건 〔대정4년민상제233호 1915년 11월 2일 판결〕

【판결요지】

1. 조선인이 법률행위에 관하여 보통 행위능력을 가질 수 있다고 인정되는 상당 연령에 달하여 법률행위를 하였을 때에, 당사자 간에 그 행위능력에 관하여 아무런 다툼이 없는 경우에 있어서는, 그 행위 당

시에 있어서의 능력의 유무는 법원의 직권조사사항에 속하지 아니한다(상고이유 제7점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 임종상
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미) 외 2인
【피상고인】 임광수 외 2인

위 당사자 간의 전답소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1915년 7월 24일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 "원심 증인 임명수(중략) 등의 진술을 종합 고려하면, 임덕윤의 사후 1902년 음 9월 항소인의 조모(祖母) 한씨 및 항소인의 모(母) 황씨는 피항소인 임광수 및 피항소인 임익상의 부(父) 임명수 그 밖에 임영수, 임홍수 등의 덕윤의 자, 질(姪)을 만나고, 덕윤의 유지에 기하여 그 유산을 분배하기로 하여, 우선 명수 및 홍수에게 각 100석 정도가 추수되는 토지를 나누어 주고, 그 나머지 부분은 이를 4분하여 2분을 항소인에게 나머지의 1분을 영수, 1분을 피항소인에게 나누어 주었다는 것 및 당시 항소인은 상당한 능력을 가지고 위 친척 등의 처분에 동의를 하였음을 추단할 수 있다. 원래 항소인은 당시 이상의 분배에 관하여 스스로 이를 제의하고, 또는 이에 대하여 명시적 쾌락(快諾)을 주는 것 같은 사실을 인정하기 어렵다 하더라도, 앞의 설시와

같은 위 분배 당시 그 사정을 잘 알면서 아무런 이의를 하지 아니하고, 또한 그 후 10여 년간 아무런 이의를 제기하지 아니하여 피항소인 등의 점유수익에 맡기고, 게다가 여전히 피항소인 등과 친척으로서 왕래 교제를 계속하였다는 다툼이 없는 사실에 비추어보면, 당시 항소인이 위 유산의 분배에 관하여 암묵의 승낙을 준 사실을 추단하기 어렵지 아니하다. 그리고 본건 계쟁지가 당시 피항소인 등에게 분배되었음은 항소인 스스로 주장하는 바이므로, 위 분배증여가 적법하게 성립하였음은 위 설시와 같은 이상은, 항소인은 이에 의하여 계쟁지의 소유권을 상실하고, 그 후 신권원에 기하여 그 소유권을 취득한 사실이 있지 아니하면, 이에 대하여 소유권의 주장을 할 수 없다"고 판시하였다. 위 판결에 의하면, 유산의 분배는 상고인의 조모 한씨 및 상고인의 모 황씨가 이를 한 일, 그 분배는 덕윤의 유지에 기한 것이라는 일 및 상고인이 암묵의 승낙을 하였다는 사실을 인정하였다. 그러나 한씨 및 황씨가 덕윤의 유산을 분배한 것은, 과연 어떠한 권리에 의한 것인지, 또는 상고인이 어리기 때문에 그 호후인(護後人)으로서 한 것인지, 또는 덕윤에게 유언이 있어서 그 유언집행자로 정해져 있기 때문인지, 또한 덕윤의 유지라는 것은 어떠한 형식으로 표시되어 있는지, 구체적 내용은 어떠한지, 그 유지는 과연 상속인을 기속하는 효력을 갖는 것인지, 모두 이러한 문제는 원판결에서 설명을 결여하고 있다. 그런데 다른 일면에서 원판결은, 본건 계쟁지를 포함하는 덕윤의 유산은 상고인이 이를 상속하고, 그 소유권을 취득한 일 및 한씨, 황씨가 분배처분을 한 당시 상고인은 상당 능력자였음을 인정하였다. 원래 조선의 관습에 의하면, 가독상속인의 제(弟)는 유산의 분배를 받는다 하지만, 그 이외의 가족 또는 친족이 유산의 분배를 받는 것은 이례적이다. 그렇다면 본건과 같이 덕윤의 직계비속이 아닌 피상고인 등이 적법하게 유산의 분배를 받는다고 하려면, 우선 상기 제문제를 해결할 필요가 있다. 그런데 원판결에서 이러한 중요한 쟁점을 한각(閑却)하고, 만연히 본건 유산의 분배가 적법하게 이루어져 이에 의하여 상고인은 계쟁지의 소유권을 상실한다고 인정한 것은, 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 상고인은 본건 계쟁부동산은 상고인의 조부 임덕윤의 유산으로 상고인이 상속에 의하여 그 소유권을 취득하였음에도 불구하

고, 피상고인 등은 당해 부동산을 점유하고 상고인의 소유권을 부인하므로 본건 청구에 이르게 되었다는 취지를 주장하였으므로, 원심은 증거에 의하여 계쟁부동산 중 강원도 춘천군 소재 전답의 일부(갑호목록란 외 순차번호 96호 내지 166호, 173호 내지 499호)는 임덕윤의 생전에 같은 사람으로부터 피상고인 임광수에게 분여된 토지라고 인정하고, 또한 황해도 연백군 소재 전답의 일부(병호목록란 외 순위번호 1, 2, 18, 26, 29, 41, 44, 46, 49 내지 52, 57, 59, 60, 67, 69)는 임덕윤의 유산에 속한다고 인정하기 어렵다고 하며, 그 밖의 부동산은 덕윤의 유지에 속한다고 인정하고, 위 유산에 속한다고 인정한 계쟁부동산은 임덕윤의 장손인 상고인이 상속에 의하여 일단 그 소유권을 취득한 것이라고 인정함이 상당하다고 하였다. 그리고 당해 부동산은 피상고인의 항변과 같이 상고인으로부터의 분배에 의하여 피상고인 등의 소유에 귀속되었는지의 여부의 쟁점에 관하여, 원판결은 "원심 증인 임명수(중략) 등의 진술을 종합 고려하면, 임덕윤의 사후 1902년 음 9월 항소인의 조모 한씨 및 항소인의 모(母) 황씨는 피항소인 임광수 및 피항소인 임익상의 부(父) 임명수 그 밖에 임영수, 임홍수 등의 덕윤의 자, 질(姪)을 만나고, 덕윤의 유지에 기하여 그 유산을 분배하기로 하여, 우선 명수 및 홍수에게 각 100석 정도의 추수가 있는 토지를 분여하고, 그 잔부는 이를 4분하여 2분을 항소인에게 나머지의 1분을 영수, 1분을 피항소인에게 분여하는 것 및 당시 항소인은 상당한 능력을 가지고 위 친척 등의 처치에 동의를 하였음을 추단할 수 있다"고 설시하였다. 이를 본다면 원심은 계쟁부동산 중 임덕윤의 유산에 속한다고 인정한 부분은, 같은 사람 사후 상속에 의하여 일단 그 장손인 상고인의 소유로 귀속되었지만, 상속인의 조모 한씨 및 모 황씨 등이 주도하여 친족협의 후 임덕윤의 생전의 의향을 감안하여 토지를 피상고인 등에게 분여할 것을 제의하고, 당해 토지의 소유자인 상고인은 이에 동의하여 피상고인 등에게 분여된 것이다. 즉, 피상고인 등이 계쟁부동산의 소유권을 취득한 것은, 상고인의 조모 한씨 및 모 황씨가 독단적으로 이를 분배한 것에 의한 것이라고 인정하지 아니하고, 또한 임덕윤의 유언 또는 유지에 기하여 그 집행에 의한 것이라고 인정하지도 아니하였다. 상고인으로부터 정당하게 당해 부동산의 분여를 받은

것이라고 인정하였음은, 판결문상 명백하다. 따라서 본 논지 중 원판결에서 한씨, 황씨가 임덕윤의 유산을 분배하였다고 인정한 것이라고 하여 원판결을 공격하는 점은, 원판결의 취지에 부응하지 아니한다. 또한, 이상 말한 것과 같이 원판결에서는 계쟁부동산은 상고인으로부터 피상고인 등에게 분여된 것이라고 인정한 것으로, 임덕윤의 유언 또는 유지에 기하여 그 집행에 의하여 피상고인 등이 당해 부동산의 소유권을 취득한 것이라고 인정한 것이 아니므로, 유지가 어떠한 형식으로 표시되었는지, 그 효력 여하 등을 설시할 필요가 없다. 따라서 원판결에 이를 설시하지 아니함은 당연하고, 또한 원판결은 피상고인 등이 임덕윤의 유산상속인으로서 계쟁부동산의 분배를 받은 것으로 인정한 것이 아니다. 당해 부동산의 소유자인 상고인으로부터 분여를 받았다고 인정한 것이라면, 당해 부동산이 피상고인 등의 소유에 귀속된다고 인정하는 이유에 부족함이 없고, 소론과 같은 이유불비의 위법이 있지 아니하므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

피상고인은 최초 답변서에서 본건 토지는 한씨 및 황씨로부터 분배를 받았다고 주장하지만, 그 후 한씨 및 황씨가 유산을 분배할 권능을 갖지 아니함을 알았다고 보이는 변론에 이르러서는 답변서의 기재를 정정하고 유산의 분배는 상고인이 임의로 이를 한 것으로 항변하였다(제1심 제1회 구술변론조서 참조). 그런데 원판결에서는 전항에 적기한 것과 같이, 유산의 분배는 한씨 및 황씨가 이를 하였다고 인정하였다. 이 점에서 원판결은 당사자가 신청하지 아니한 사항으로 재판의 자료로 한 위법이 있다.

살피건대, 피상고인이 제1심 이래 임덕윤의 유산에 속하는 계쟁 지소(地所)는 한씨, 황씨로부터 분배를 받은 것이 아니고, 상고인으로부터 임의분배를 받은 것이라고 주장하였음은 기록상 명백하며, 실로 상고논지와 같다. 따라서 원심이 제반의 증거를 종합하여 계쟁지 중 임덕윤의 유산에 속한다고 인정한 부분은, 상속에 의하여 일단 그 장손인 상고인의 소유로 귀속되었지만, 상고인으로부터 다시 이를 피상고인 등에게 분배되었다고 인정한 것은, 피상고인 등의 주장에 기하여 이를 채용한 것임에 틀림없다. 본 논지는 필경 원판결이 한씨 및 황씨

가 함부로 계쟁부동산을 피상고인 등에게 분배하였다고 인정한 것과 같이 오해하고, 이로써 원판결을 공격하는 것에 불과하므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

상고인이 적법하게 임덕윤의 유산을 상속한 점 및 분배 당시 상당 능력을 구유한 점은 원판결이 인정하는 바이다. 과연 그렇다면 그 후에 상고인의 조모 및 상고인의 모가 한 유산의 분배는, 권리 없이 사람의 재산을 처분한 것이므로 당연무효라고 말하여야 한다. 가령 원판결이 여러 가지 사정에 의하여 추단하는 것과 같이 상고인이 위 처분에 대하여 암묵의 승낙을 주었다고 하지만, 이로써 본래 무효인 행위가 유효인 행위로 변할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 그런데 원판결에서 상고인의 암묵의 승낙을 이유로 하여 즉 상고인의 조모 등이 한 분배증여가 적법하게 성립되었다고 판정한 것은, 법률행위의 효력에 관한 법률의 적용을 그르친 위법이 있고, 또는 논하는 것이 없다. 상고인은 조모 등의 행위가 무효임을 알고 암묵의 승낙을 부여하였으므로, 그 효과는 상고인이 스스로 새로운 행위를 한 것과 동일하게 된다. 만일 원심의 의견으로 이 논의와 동일하다고 하면, 판결문상 이를 명시하고 또한 상고인이 조모 등의 행위가 무효임을 알았다는 점에 관하여 증거설명을 하지 아니하는 한은, 그 판결은 이유를 구비한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 이 논리에 따른다고 하여도, 원판결은 위법임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결은 상고인의 조모 한씨 및 모 황씨가 계쟁부동산을 피상고인 등에게 분배하였다고 인정한 것이 아니라, 상고인이 이를 피상고인에게 분배증여한 것임은 제1점에서 설명한 것과 같다. 따라서 한씨, 황씨가 함부로 한 유산의 분배는 무효임을 전제로 하여, 원판결을 공격하는 본 논지는 원판결의 취지에 부응하지 아니한 공격에 지나지 아니하고, 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결은 “피항소인 등은 항소인의 승낙이 없음에도 계쟁토지의 문권(文券)을 탈취 분배하고 토지를 강점하고 있는 것 같다. 그러나 유심히 위 증언을 본다면 결국 신뢰하기 어려운 것이다. 왜냐하면, 당시

항소인이 상당한 변식력을 구비하는 능력자였음은 항소인이 시인하는 확실한 사실임에도 불구하고, 이에 대하여 아무런 항의를 한 흔적을 인정할 증거가 없다. 오히려 계속하여 항소인 등의 점유에 맡긴 사실 및 이후 1913년 중에 이르기까지 여전히 피항소인 등과 친족으로서 왕래 교제하여 온 사실 등을 참작하면, 위 증인 등이 말하는 것과 같이, 당시 피항소인 등은 항소인의 승낙이 없음에도 함부로 문권을 탈취하고, 토지를 강점하였다고 인정하기 곤란하므로"라고 판시한다. 생각건대, 본건과 같은 것은 원심이 우선 추정을 한 것과 같이, 대체로 피상고인 등의 탈취분배 및 강점하였다는 것이 사정에 적합한 추정이라고 할 것이다. 특히, 탈취강점자 중의 1인인 임영수의 상속인 임윤상은 이미 그 불법점유임을 인낙하고, 권리의 주장을 포기하였기 때문이다. 이와 같은 명백한 사실이 존재함에도 불구하고, 반대로 피상고인 임익상의 실부(實父) 임명수의 실제(實弟) 임홍수의 증언에 무게를 두고 피상고인의 이익으로 판단하였다. 단지 친족관계에 있다는 것만으로 경솔하게 판정의 자료로 한 것은 불법이라는 비난을 면할 수 없다. 게다가 증인 등은 그 당시에 탈취강점자라는 명백한 사실에 있어서도 그러하다. 이것은 공격논쟁의 점이 현출하였음에도, 조금도 이의가 없는 증거와 같이 별안간 이를 채용하여 인정한 것으로, 민사소송법 제435조에 소위 법률에 위배하여 사실을 확정한 위법한 판결이라고 말하지 아니할 수 없다.

살피건대, 증인이 당사자와 친족관계 또는 이해관계를 갖는 때라 하여도, 선서를 하게 하여 신문을 하고 그 진술을 채용함으로서 판단의 자료로 하는 것은, 조금도 위법하지 아니함은 물론, 증거의 취사선택 및 사실의 인정은 오로지 사실심의 전권에 속하므로, 원심이 선서를 하게 한 증인 임명수, 같은 임홍수의 진술과 다른 증거를 종합 고려하여, 계쟁 지소(地所)의 분배는 상고인의 동의에 의한 것으로, 피상고인 등이 상고인의 승낙이 없음에도 함부로 계쟁지의 문권을 탈취하고 토지를 강점한 것이라고 인정하기 어렵다고 판시한 것은, 그 직권을 당연히 행사한 것임에 틀림없다. 이를 부당하다고 하는 본 논지는 적법한 상고이유가 되지 않는다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원판결은 “당시 항소인은 상당한 능력을 갖고 위 친척 등의 처치에 동의를 하였음을 추단할 수 있다”고 판시하였다. 상당한 능력을 갖는 것과 동의를 한 것은 서로 독립하고 아무런 상호관련이 없는 것이다. 상당한 능력을 가지므로 동의를 한 것이라고 추단할 수 있다고 한다면, 그 반대로 상당한 능력을 가지므로 동의를 하지 아니하였다고 추단할 수 있다고 말하여야 한다. 상당한 능력의 유무는, 단지 그 행위가 완전한 법률행위인지의 여부를 판단할 표준이 되는 것에 불과하다. 그리고 상고인이 당시 상당한 능력을 갖고 완전한 변식력(辯識力)을 가졌다고 상고인도 역시 자인하는 것임은 원심 판시와 같고, 이 점에 관하여는 쟁점이 없다. 과연 그렇다면 단지 상당한 능력을 갖는다는 하나만으로 바로 동의를 한 것이라고 추단하는 것은, 이유불비의 위법이 있음을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결은 제반의 증거를 종합 고려하여 계쟁부동산의 분여 당시에, 상고인은 상당한 능력을 갖고 친척 등의 처치에 동의하였다고 인정한 것이므로, 소론과 같이 상고인이 능력을 구비하는 하나만으로 바로 동의를 한 것이라고 판단한 것이 아님은, 판결문상 명백하다. 그리고 판결문 소재의 증거에 의하여 판시의 사실을 인정할 수 있으므로, 소론과 같은 이유불비의 위법이 없고 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

원판결은 “원래 항소인은 당시 위의 분배에 관하여 스스로 이를 제의하거나 이에 대하여 명시적 쾌락을 한 것과 같은 흔적을 인정하기 어렵다 하여도(중략), 여전히 항소인 등은 친척으로서의 왕래 교제를 계속하였다는 다툼이 없는 사실에 비추어보면, 당시 항소인이 위 유산의 분배에 관하여 암묵의 승낙을 한 사실을 추단하기에 어렵지 아니하다”라고 판시하였다. 그러나 스스로 이를 건의하거나 이에 대하여 명시적 쾌락을 하지 아니하였다는 일은, 오히려 이를 부동의라고 해석함이 지당하다. 의사표시는 명시임을 요하지 아니한다. 그러나 묵시의 의사표시와 강박에 의한 의사표시는 이를 구별하여야 한다. 원판결이 명시적 쾌락을 하지 아니한 일로서 바로 이를 묵시의 의사표시 즉 암묵의 승낙이라고 판단한 것은, 그 당시의 상황을 무시하고 강박에 의한 의사표시와 묵시의 의사표시를 혼동한 것이라고 말하여야 한다. 왜

냐하면, 본건과 같은 경우에, 가령 상고인이 그 당시 상당한 변식력(辯識力)을 구유하였다고는 하지만, 당시 아직 18세의 나이에 불과하고, 사회적 경험이 충분하지 아니하다. 게다가 종래 조선에서 현저한 존장(尊長)에 대한 외경의 마음과 사법기관의 불비는, 피상고인 등의 강박과 합하여 아무런 이의도 할 수 없었고, 피고의 점유이익에 맡기고 왕래 교제를 계속한 것이다. 이것은 그러한 명백한 강박적 분자의 존재를 인식할 수 있음에도, 원판결이 바로 묵시의 의사표시라고 추단한 것은 법률에 위배하여 사실을 확정한 것이다.

살피건대, 원심은 제반의 증거에 의하여 상고인이 분배에 관하여 스스로 제의하거나 쾌락을 한 흔적이 없지만, 친족 등의 협의에 기한 분배의 제의에 대하여 암묵으로 동의의 의사표시를 하고, 이에 의하여 계쟁부동산은 피상고인 등에게 분여된 것이라고 인정하였음은, 전단에서 이미 설명하였다. 이와 같은 것은 사실심의 증거판단 및 사실인정에 관한 직권의 행사에 틀림없다. 이에 대하여 상고인은, 동의하지 아니하고 강박에 의하여 어쩔 수 없이 피상고인 등의 점유수익에 맡기고 왕래 교제를 계속하여 왔다는 자신의 의견을 전제로 하여, 원판결을 공격하는 본 논지는 적법한 상고이유가 되지 않는다.

상고이유 제7점은 다음과 같다.

조선에서 법원이 조선남자의 15세 이상 20세 미만의 자에 대하여 그 능력의 유무를 사정(査定)하려면, 사실문제로서 직권조사에 속하는 사항이다. 따라서 소송당사자가 18세 당시 완전한 능력을 갖는다고 주장하여도, 법원은 그 주장사실을 진실이라고 믿고 그 능력의 유무를 추단하여야 하는 것이 아니다. 그런데 원판결 이유 중에 의하면, 본건 임덕윤의 1902년 음 8월 22일 사망시 상고인은 18세로서 그 능력자임은 본건 당사자가 주장하고 인정하므로, 상고인은 당시 상당한 능력을 갖고 그 유산분배에 암묵의 승낙을 하였음을 추단하기 어렵지 아니하다는 취지를 판시하였다. 그러나 당시 18세인 상고인의 능력의 유무는 본건에서 당사자의 주장 여하를 묻지 아니하고, 직권으로 당시 상고인이 과연 능력을 가졌는지의 여부를 사정하여야 한다. 그런데 원심은 그러하지 아니하고 단지 본건 당사자의 주장사실만에 의하여, 당시 상고인은 능력자라는 판단을 내렸음은 위법한 판결이다.

살피건대, 조선인의 능력에 관하여 관습에 의하여야 한다. 그리고 조선에서는 성년이라 할 수 있는 연령에 관한 관습이 없으므로, 그 능력을 구비하는지의 여부는 오로지 사실상의 판단에 의하여 정하여야 하는 관습이 있음은 소론과 같다고 하여도, 조선인의 법률행위에 관하여 보통 행위능력을 가질 수 있다고 인정되는 상당 연령에 달하는 자가 한 법률행위에 관하여, 당사자 간에 그 행위능력에 관하여 아무런 다툼이 없는 경우에 있어서는, 법원이 직권으로 그 행위 당시에 있어서의 능력의 유무에 관하여 조사하여야 하는 것이 아니다. 원판결 및 원심 구술변론조서에 의하면, 부동산의 분배 당시에 상고인은 이미 28세에 달하였음은 명백하다. 이 연령에 달한 조선인은 보통 법률행위의 능력을 가질 수 있는 자이므로, 원심이 상고인 스스로 그 행위 당시 능력자가 된다고 주장하고, 피상고인도 역시 이를 시인하며 조금도 다툼이 없는 사실이다. 따라서 상고인은 당해 법률행위 당시에 능력자였음은 다툼이 없는 사실이라고 설시한 것은 상당하고, 소론과 같은 위법이 없으므로 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

47 대금(貸金)청구에 관한 건
〔대정4년민상제241호 1915년 11월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제453조의 소위 변제의 자력이란, 채무의 완전한 변제를 할 수 있는 자력을 의미하고, 일부의 변제를 할 수 있는 자력을 포함하지 아니한다(상고이유).

【제 1 심】 대구지방법원

【제 2 심】 대구복심법원

【상고인】 장택환

소송대리인 가등일랑(加藤一郎, 가또)

【피상고인】 김기필

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1915년 7월 27일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있어 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결 이유 중 “제3, 피항소인은, 주채무자 서상거는 가격 금 430원에 상당하는 부동산을 소유하고, 또한 서돈순과 부산지방법원 진주지청에서 소송중인 토지 1,000두락(斗落)을 소유하여 채무전부를 변제할 자력이 있으므로, 우선 당해 부동산에 관하여 집행을 하여야 한다고 항변한다. 그러나 을 제1호증의 2에 기재된 서상거 명의의 부동산의 가격은 피항소인의 주장에 따라도, 금 430원에 불과하다. 그리고 민법 제453조의 소위 채무변제의 자력이란, 채무전부를 변제할 자력이 있음을 의미하므로, 주채무자에게 일부변제의 자력이 있음에 불과한 때에는, 보증인은 검색의 이익을 원용할 수 없다”라고 하여 상고인의 검색의 항변을 배척하였음은 위법이다. 왜냐하면, 보증인이 검색의 이익을 주장하려면, 채무자에게 그 채무의 완전한 변제를 할 필요가 있는지, 또는 채무자가 얼마만큼의 자력을 갖고 일부분이라 하여도 채무의 변제를 할 수 있는지의 문제에 관하여는, 학자간 논란이 있다고 하여도, 채무자가 어느 정도의 자력을 갖는 이상은, 가령 그 자력이 채무전액을 변제하기에 부족하여도 보증인이 검색의 이익을 주장할 수 있다. 민법은 단지 “채무자에게 변제의 자력이 있고”라고 규정하고, 명확히

완전한 변제의 자력을 요구하는 것이 아니라면, 채무자가 어느 정도의 자력을 갖는 것으로 충분하고, 그 자력의 많고 적음은 이를 묻지 아니한다고 해석할 여지가 있다. 이에 더하여 만일 앞의 판결이유와 같이 보증인이 검색의 이익을 주장하려면, 주된 채무자에게 완전한 자력이 있어야 한다고 하면, 제455조의 규정과 저촉되는 결과가 발생하게 된다. 왜냐하면, 같은 조는 채무자의 자력이 그 채무를 완제하기에 부족한 경우라 하여도, 채권자는 보증인의 청구에 기하여 집행을 할 의무가 있음을 인정하고, 이 절차를 태만히 했을 때의 제재로서, 채무자가 바로 집행을 하면 변제를 받을 한도에서 보증인으로 하여금 그 의무를 면하게 하기 때문이다.

살피건대, 채무의 이행에 관하여 채무자는 일부의 변제를 강요하여서는 아니 되므로, 민법 제453조에 규정된 주된 채무자의 자력이 그 채무를 완제하기에 부족한 경우에 있어서, 그 제공하는 채무의 변제를 받아야 한다면, 채권자는 채무 일부의 변제를 강요받는 결과를 초래하므로, 같은 조의 소위 변제의 자력이란 문구는, 완전한 변제자력의 의미로 해석하여야 한다. 그렇다면 원판결에서 본건 피상고인이 갖는 채권액은 원금 1,000원, 이자 600원에 달하고, 상고인이 검색을 주장하는 주채무자 서상거 소유의 부동산은 가격 금 430원에 불과한 사실을 인정하고, 상고인은 당해 부동산에 관하여 검색의 이익을 주장할 수 없고, 또한 상고인이 검색의 이익을 주장하는 주채무자 소유의 재산 중 쟁송 중인 부동산은, 이에 대한 집행이 용이하지 아니하여 검색의 목적물이 될 수 없음을 설명하고, 상고인의 항변을 배척한 것은 상당하며, 민법 제455조의 규정은 상고인 소론과 같은 취지가 아니라는 것도 그에 따라 명백하다면, 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 "제2, 피항소인은 주채무자 서상거가 전혀 무자력이 된 경우가 아니라면, 피항소인은 보증책임을 지지 아니하는 특약을 함으로서, 서상거가 아직 무자력이 되지 아니한 현재에는 보증의무이행의 책임이 없다고 항변하지만, 이를 인정할 증거가 없다. 단 갑 제1호증 말미에는 채무자의 소유재산 결핍하여 이행불능인 경우에 보증인은 그 채무를 부담한다는 취지의 문구가 있지만, 갑 제2호증에 의하

면, 항소인과 피항소인 간에 본소 보증계약을 할 때, 양자 모두 주된 채무자 서상거가 저당으로 제공한 부동산은 같은 사람과 서돈순 간에 쟁송 중임을 지실(知悉)하고 있었음은 명백하므로, 항소인 및 피항소인은 당해 저당부동산이 또는 서돈순의 소유라는 판결을 받고 유저당의 효과를 발생시킬 경우가 있음을 예상하고, 만일 그러한 경우가 생기면 비로소 보증인이 그 책임을 진다고 특약하였으며, 이에 위 기재를 하게 되었다고 인정하는 것이 타당하다. 만일 당해 문구의 의의를 확장하고 주채무자가 전혀 무자력인 경우가 아니면 보증의 책임이 없다고 해석할 때에는, 채권자는 주채무의 재산이 존재하는 한 그 재산이 얼만큼 근소하던지 그 집행의 난이 여하에 관계없이, 항상 그 재산에 관하여 집행을 할 수 있으므로, 신속하게 변제를 받고 채권의 공고(鞏固)를 기하려고 보증계약을 한 목적이 멸각되고, 당사자의 의사에 부응하지 아니한다"고 한다. 그러나 갑 제1호증의 말항에 채무자의 소유재산이 결핍하여 이행이 불능인 때에는, 보증인은 그 책임을 부담한다고 되어 있고, 당사자의 의사는 명백히 채무자의 소유재산의 결핍의 경우에 보증의무발생을 조건으로 하는 보증을 하였음이 명백하다. 더 나아가 상고인은 변호사이고 피상고인은 대구의 중앙에서 수 년간 대금업을 하였음은 원판결이 인정한 것과 같다. 갑 제1호증 말미 기재의 담보물건의 결핍의 경우 바로 보증인이 책임을 부담한다는 특약이라면, 그 의미를 분명하게 증서에 기재하여야 한다. 그런데 증서 자체에 있어서 채무자의 소유재산이 결핍이라고 해석하는 것은, 계약시 당사자의 의사임은 물론이다. 또한, 본증의 보증계약을 할 때, 당사자가 채무자 서상거의 저당에 제공한 부동산은 같은 사람과 서돈순 사이에 쟁송 중에 있음을 지실(知悉)하고 있었음은 명백하다고 인정하였다. 그런데 그 갑 제2호증에 인정된 사실은, 상고인의 증인신문조서이다(본건 갑 제6호증). 당해 조서에 의하면, 보증 당시 부지인 사실을 증명하기에 충분한 것으로, 갑 제2호증의 판결이 인정한 사실이 오류임을 인정하기 에 충분한 것이다. 결국, 원판결은 사실을 부당하게 인정한 불법이 있다.

살피건대, 원심은 갑 제1호증 말미에 "채무자의 소유재산이 결핍하여 이행불능인 경우에 보증인 그 책임을 진다"는 취지의 문구를 갑 제

2호증과 종합하여, 당시 쟁송 중인 담보물이 서돈순의 소유라고 정해진 경우에는, 보증인이 그 채무변제의 책임을 진다는 취지의 해석임은 원판결문상 명백하고, 상기 취지를 갑 제2호증과 종합하여 그와 같이 해석할 수 있다. 요컨대, 본 논지는 원심의 직권에 속하는 증거판단을 비난하고, 나아가 사실의 인정을 비난하는 것으로 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 "제4, 피항소인은 1914년 5월 24일 항소인에 대하여 서상거 명의의 달성군 가창면 용계동 용기원국산지 2등(嶝) 2곡(谷) 외 10필에 대하여 집행한다는 취지의 최고를 하였는데, 바로 해태를 이유로 보증책임을 면할 수 없다. 나아가 당심 증인 박성동의 진술에 의하면, 항소인이 피항소인의 청구에 의하여 강제집행보전을 위하여 한 가압류의 취하를 한 것은 피항소인의 승낙을 얻어 하였음이 명백하고, 항소인에게 집행해태의 책임을 인정하기 곤란하다"라고 되어 있다. 그런데 상고인은 1913년 5월 24일 피상고인에 대하여, 주채무자 서상거 소유 명의의 달성군 가창면 용계동 용기원국산지 2등(嶝) 2곡(谷) 외 10필의 산지증명부의 등본을 첨부하여 집행을 하여야 한다는 취지의 최고를 한 사실 및 피상고인은 그 최고에 의하여 을 제2호증과 같이 같은 해 5월 31일 피상고인은 상고인에 대하여 소송을 제기하고 집행의 결과 불능인 경우에는, 소송비용과 함께 상고인이 부담하여야 한다는 취지의 최고를 하고, 같은 해 6월 위 산지에 대하여 가압류를 하였으며, 당해 토지의 가격은 금 2,000원 이상으로 본건 채무를 변제하기에 충분함은 피상고인이 인정하는 바이다. 그리고 위 가압류는 피상고인이 진실로 서상거의 소유라고 믿고 이를 한 것임은 피상고인이 주장하는 바로서, 을 제2호증과 같이 피상고인은 재판의 결과 위 산지의 집행을 할 수 있는 것임에도 불구하고, 세월만 1년을 경과하여 같은 해 4월에 이르러 가압류를 취하한 결과, 주채무자인 서상거가 무자력이 되어 전부의 변제를 할 수 없는 것이라면, 보증인인 상고인은 민법 제455조에 의하여 그 의무를 면한다. 물론, 가압류를 한 산지도 또한 서상거와 사돈순과의 사이에 소송이 되고, 서상거 명의는 가장이라는 이유로 서돈순의 소유로 판결확정된 것은, 갑 제4호증에 의하여 인정할 수 있지만, 피상고인이 선의로 가압류를 할 수 있음은 물론이고,

허위의 의사표시는 선의의 제3자인 피상고인에게 대항할 수 없다. 따라서 당연히 당해 물건으로 변제받아야 함은 두말할 필요가 없다. 그런데 원판결은, 박동성은 피상고인 매부로서 원래 위증죄에 의하여 처분을 받았고, 나아가 가압류 후 1년 경과하여 피항소인의 승낙을 얻어 취하를 하였다고 증언한 것은 신용할 수 없다.

사실인정은, 원심의 직권에 속하는 것이라고 하여도, 그 가압류 취하가 가압류 후 1년이 경과된 후에 승낙된 운운이라고 하여, 상고인의 검색의 항변을 배척한 것은 불법임을 면할 수 없다.

살피건대, 부동산의 가압류를 한 채권자에 대하여는, 그 부동산소유명의가 가장이기 때문에 제3자의 소유권이 확정되었다고 하지만, 그 제3자는 그 권리를 가압류의 채권자에게 대항할 수 없음은 물론이므로, 본건 상고인의 최고에 기하여 피상고인이 주채무자인 서상거에 대하여 그 소유 명의의 산지에 대하여 한 가압류는, 가령 서돈순과의 사이에 쟁송이 있고, 그 명의가 가장이라고 하여 서돈순의 소유임이 확정되었다고 하지만, 피상고인에게 대항할 수 없으므로 피상고인은 이에 의하여 그 채무의 변제를 얻게 되며, 검색의 이익을 주장한 상고인은 보증의 책임을 면하게 됨은 상고인 소론과 같다고 하여도, 원심은 위 산지의 귀속에 다툼이 있어 집행이 용이하지 아니한 점, 상기의 가압류는 상고인의 승낙을 얻어 취하를 하였다는 사실을 인정하고, 이에 의하여 피상고인에게 집행해태의 책임이 없다고 하여 상고인의 항변을 배척하였음은 원판결문상 명백하므로, 원판결의 주문을 유지하는 이유에 아무런 위법도 없고 논지 전단은 결국 이유가 없다. 또한, 논지 후단은 원심이 증인 박동성의 진술을 채용하였다고 비난한 것으로, 증거의 취사판단은 원심의 자유로운 직권의 범위에 속하므로, 적법한 상고이유가 되지 아니한다.

이상의 설명에 의하여 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

48 위탁수취금잔액청구에 관한 건
〔대정4년민상제250호 1915년 11월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 제2심에서 정당한 법정대리인이 추인한 때에는, 제1심에서의 소송무능력자가 한 외관이 존재하는 하자 있는 소송행위는 유효하게 보정되고, 정당한 법정대리인에 의하여 이루어진 효과가 발생한다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 홍원표
소송대리인 김찬영
【피상고인】 이태원
대표자 실모 김상주

위 당사자 간의 위탁금수취잔액 청구사건에 관하여 1915년 9월 15일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인은 소송능력이 없는 미성년자임에도 불구하고 법률상 대리에 의하지 아니하고 본소를 제기하였다. 그리고 본건 기록에 의하면, 제1심에서의 구술변론 그 밖의 일절의 소송행위는, 피상고인 즉 원고 본인이 이를 한 것이 되지만, 실제로는 피상고인의 실모(實母) 김상주가 이를 한 것이고, 게다가 김상주는 피상고인의 대표자로서 한 것이

아니라 스스로 원고 본인이라고 사칭하여 소송행위의 전부를 하고, 결국에는 제1심판결을 보기에 이르렀다. 그렇다면 제1심에서의 소송행위는 기록에 나와 있듯이 원고 본인이 이를 하였다고 하지만, 소송능력이 없는 자의 행위이므로 당연무효이고, 피상고인의 실모는 피상고인의 대표자가 될 수 있다고 하여도, 원고의 대표자인 자격으로 한 것이 아니라 스스로 원고 본인이라고 사칭하여 한 것이므로, 그 무효임을 면할 수 없다. 그와 같이 전적으로 무효인 소송절차에 기한 제1심판결은 파기를 면할 수 없다.

또한, 상고이유 제2점은 다음과 같다.

제1심에서의 소송절차가 무효임은 제1점에서 설명한 것과 같고, 이것은 법원이 직권으로 조사하여야 하는 사항일 뿐만 아니라, 상고인은 이로써 원심에서의 항변으로 하였다. 그런데 원판결은 이를 간과하고 아무런 판단을 하지 아니하였음은 위법으로 파기를 면할 수 없다.

상고이유 제3점은, 본건의 소는 무능력자가 제기한 부적법한 소이므로, 원판결 및 제1심판결을 파기하고 소를 각하하여야 한다.

살피건대, 제2심에서의 제1회 구술변론조서에 의하면, 상고인(항소인)으로부터 피상고인(피항소인)은 11세의 유자(幼者)로서 소송무능력자이다. 그런데 제1심에서는 그 실모가 일절의 소송행위를 한 것이므로 부적법으로 소각하판결을 구한다는 항변을 제출하였다는 기재가 있다. 그리고 당해 항변의 취지에는 불명한 점이 없지 아니하지만, 그 의의는 이태원은 소송무능력자이므로 이태원 본인이 한 소송은 부적법하고, 또한 실모가 일절의 소송행위를 한 것은 이태원 본인이라고 사칭하여 한 것이라면, 그 이루어진 소송은 부적법하다는 것이라고 인정할 수 있다. 그런데 그 제2회 구술변론조서에 의하면, 피상고인이 본건 소송은 이태원의 실모 김상주가 이태원을 위하여 같은 사람의 명의로 소장을 제출한 것이고, 따라서 본건의 당사자는 이태원으로 김상주가 아니며, 김상주는 이태원의 친권자로서 같은 사람을 대표하여 일절의 소송행위를 한 것이라고 진술한 것에 대하여, 상고인은 본소는 이태원의 소송으로서 그 실모 김상주가 같은 사람을 대표하여 제1심 이래 그 소송행위를 한 것은 다투지 아니하지만, 김상주는 다른 곳으로 개가(改嫁)하고 이태원의 대표자격이 없으므로, 본건 소송은 부적

법하다고 진술한 취지의 기재가 있으므로, 상고인의 상기 이태원은 소송무능력자이므로 이태원 본인이 한 소송은 부적법하고, 또한 실모가 일절의 소송행위를 한 것은 이태원 본인이라고 사칭하여 한 것이므로, 그 이루어진 소송행위는 부적법하다는 취지의 항변은, 위 상고인이 본소는 이태원의 소송으로서 그 실모 김상주가 같은 사람을 대표하여 소송행위를 한 것임을 인정하고 다투지 아니한다는 것에 의하여, 당연히 이를 철회하였음이 명백하다. 왜냐하면, 상고인이 본소가 이태원의 소송으로 그 실모 김상주가 같은 사람을 대표하여 소송행위를 한 것임을 인정하고 다투지 아니하는 이상은, 소송무능력자인 이태원 본인이 한 소송이 아니라고 인정함과 동시에, 이태원의 실모가 이태원 본인이라고 사칭하여 소송행위를 하지 아니하였다고 인정한 것이 당연한 논리이므로, 상반되어 양립할 수 없는 상기 항변을 철회한 것임은 두말할 필요가 없기 때문이다. 따라서 상고인은, 피상고인의 소송능력 또는 대표자격에 관하여는, 새로이 단지 실모 김상주는 다른 곳으로 개가하였으므로 이태원을 대표할 자격이 없다는 1개의 항변을 제출한 것에 불과하다고 인정할 수밖에 없다. 그리고 원판결은 상고인의 당해 항변에 대하여는, 피상고인의 대표자인 김상주는 피상고인의 모(母)로서 동거하고, 다른 곳으로 개가하였다고 인정할 수 없고, 김상주의 대표에 의한 본소는 적법하고 상고인의 항변은 이유가 없다고 판시하였으므로, 무엇인가 판단을 유탈한 것과 같은 위법이 없다. 그렇다면 상고인이 상기 항변이 여전히 존속하는 것과 같이 논의하고, 이에 대한 판단이 없음을 위법하다고 하여 원판결을 공격하는 것은, 타당하지 아니하다. 그러나 소송능력 또는 대표자격의 유무에 관한 것은, 원래 법원의 직권으로 조사하여야 하는 사항에 속하므로, 이에 일건 기록을 사열하여 조사한다면, 기록에 첨부된 민적등본에 의하면, 이태원은 1903년 1월 3일생이므로 소송능력을 갖지 아니한다고 인정하는 것이 당연하다. 그리고 제1심에서 제출된 소장을 본다면, 원고 이태원의 기명날인이 있고, 또한 제1심 구술변론조서에 의하면, 원고 이태원이 출연하여 소송행위를 한 취지의 기재가 있으므로, 제1심에서의 소송행위는 모두 소송무능력자인 이태원 본인이 한 것으로 위법한 소송절차가 된다고 하여도, 제2심에서의 제2회 구술변론 이후에 있어서는 피상고

인 이태원의 실모 김상주가 이태원의 대표자로서 변호사 정구창에게 소송대리를 위임하고, 같은 변호사가 소송행위를 하여 그 제2회 구술변론 중 피상고인으로부터, 본소는 이태원의 실모 김상주가 친권자로서 이태원을 대표하여 일절의 소송행위를 하였다는 취지를 진술하고, 상고인도 그 대표자에 의한 소송행위임을 인정하여 다투지 아니한 것은 기록상 명백하다. 따라서 위 제1심에서의 소송무능력자가 한 외관이 존재하는 하자 있는 소송행위는, 제2심에서 정당한 피상고인의 대표자에 의하여 추인된 것이다. 그리고 추인은 당초에 소급하여 유효하게 보정되는 효과가 발생함으로, 피상고인의 소송행위는 당초부터 정당한 대표자에 의하여 이루어진 것이다. 따라서 본소 피상고인의 제1심에서의 소송행위는 소송무능력자가 한 것이 아니라, 정당하게 대표되는 자에 의하여 이루어진 것이라고 말하여야 한다. 원판결은 이 점에 관하여 그 판결문에서 명백히 설시하지 아니하지만, 그 사실을 조사하고 그 적법함을 인정하여 심판한 것은 조금도 의심할 여지가 없으므로, 제1심판결 내지 그 소송절차를 폐기하여야 할 이유가 없음은 물론 적법하게 대표되어 이루어진 제2심판결을 파기하여야 하는 이유도 역시 없으므로 상고논지는 모두 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 따라서 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

49 손해배상청구에 관한 건 〔대정4년민상제166호 1915년 12월 10일 판결〕

【판결요지】

1. 상법 제328조 제3항의 소위 악의가 있는 경우란, 악의로 운송품을 멸실, 훼손한 경우를 지칭하고, 운송품의 멸실, 훼손의 사실을 엄폐(掩蔽)하여 이를 수하인에게 고지하지 아니한 경우를 포함하지 않는다.

[참 조] 운송취급인의 책임은 수하인이 운송품을 수취하는 날로부터 1년을 경과한 때에는 시효에 의하여 소멸한다.
전항의 기간은, 운송품의 전부멸실의 경우에는 그 인도되지 아니한 날로부터 이를 기산한다.
전2항의 규정은 운송취급인이 악의인 경우에는 이를 적용하지 아니한다(상법 제328조 제3항).

【제 1 심】 부산지방법원 마산지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 암기원차랑(岩崎元次郎, 이와사끼)
소송대리인 무미정장(武尾禎藏, 다케오)
【피상고인】 대판상선 주식회사(大坂商船株式會社, 오사카)
대표자 같은 주식회사 이사 굴계차랑(堀啓次郎, 호리)
소송대리인 삼포현장(三浦顯藏, 미우라)

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 4월 15일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기한다.
본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심은 판결 이유 중에 "항소인(상고인)은, 피항소인 회사(피상고인)는 원목 10개를 유실한 사실을 알면서도 이를 항소인에게 알리지 아니하고 적재량 부족이라고 칭한 것은, 같은 법 제328조 제3항, 제348조의 소위 운송인에게 악의가 있는 경우에 해당하므로, 불법행위를 구성하고 상법의 단기소멸시효의 적용을 받지 않는다고 다툰다. 그러나 같은 조에서의 악의가 있는 경우란 운송인이 운송품을 고의로 멸실

훼손한 경우를 지칭하고, 멸실의 사실을 수하인에 대하여 엄폐한 경우를 포함하지 아니한다고 해석하여야 한다. 따라서 단지 유실의 사실을 엄폐한 피항소인 회사에게 불법행위의 배상책임이 있다고 말할 수 없다"고 판시하고, 원목 10개가 유실된 것은, 피상고인(피항소인)의 악의에 기한 것인지의 여부라는 주된 쟁점에 관하여 설명을 하지 아니한 것은 잘못이다. 원심 기록 중 1915년 4월 10일 제2회 구술변론조서의 갑 제4호증의 증거설명에서 상고인(항소인)은 "갑 제4호증으로 적재량 이상을 적재하고 원목 10개는 악의로 유실시켰음을 입증한다"고 설명하였다. 그렇다면 상고인이 피상고인에게 악의가 있다는 주장은, 피상고인이 당초 악의로 원목 10개를 유실시킨 것 및 유실의 사실을 알면서 이를 엄폐함으로써 적재량 부족이라고 칭한 것을 포괄하여, 피상고인에게 악의가 있다고 말하는 것이므로, 원심에서는 사실엄폐의 점만이 아니라 나아가 유실에 관하여 악의의 유무를 심리하여야 함은 자명한 이치이다. 원판결은 이미 유실사실을 인정하면서 악의의 점을 입증하기 위하여 신청한 증인 풍전방평(豊田芳平, 토요다), 송전의구(松田義久, 마쓰다), 서전만치(西田萬治, 니시다)를 각하한 것은, 그 진의가 무엇인지 이해하기 어렵다. 이 점에 있어서 원판결은 파기를 면할 수 없다고 확신한다.

살피건대, 원심 1915년 4월 10일의 구술변론조서를 보면, 항소대리인(상고인의 대리인)은 사실보충으로서 본건에서 인도되지 않은 원목 10개는 적재하지 아니하여 다음 편선(便船)으로 실어 온다고 하였지만 실어 오지 않았고, 조사한 결과 적재하지 아니한 것이 아니라 원목 10개가 유실되었음이 판명되었으므로, 피항소 회사는 악의로 그 유실된 사실을 알리지 아니하고 인도하지 않은 것으로 운운하는 진술을 한 취지가 있고, 같은 대리인의 진술로서 갑 제4호증으로 적재량 이상의 적재를 하고 원목 10개는 악의로 유실하였음을 입증한다고 신청한다는 취지의 기재가 있다. 이를 본다면, 상고인의 대리인은 원심에서 피상고인 회사가 상고인의 의뢰에 의하여 원목을 운송할 때 본건 원목 10개를 유실하고서도, 이를 엄폐하고 상고인에게 고지하지 아니한 사실 및 당해 원목은 피상고 회사가 악의로 유실한 사실을 주장하고, 피상고 회사는 상법 제349조, 제328조 제3항의 소위 악의가 있는 경우에

해당한다고 하였음이 명백하다. 그런데 같은 법조에서 운송인에게 악의가 있는 경우란 운송인이 악의로 운송품을 멸실 훼손한 경우를 의미하는 것으로, 당해 운송품의 멸실 훼손의 사실을 엄폐하고 이를 수하인에게 고지하지 아니한 사실과 같은 것은, 이로써 그 멸실 훼손에 관하여 운송인에게 악의가 있다고 할 수 없으므로, 원심이 상법 제328조 제3항, 제349조에 악의가 있는 경우란, 운송인이 운송품을 고의로 멸실 훼손한 경우를 지칭하고, 멸실의 사실을 수하인에 대하여 엄폐한 경우를 포함하지 아니한다고 해석하여야 한다고 운운하면서 설시함은 상당하다. 그러나 상고인은 위 사실 이외에 피상고 회사는 본건 원목 10개를 악의로 유실한 것을 주장하였음은 전술과 같으므로, 만일 이 사실이 존재할 때에는 운송인인 피상고 회사는 본건 원목의 유실에 관하여 악의가 있다는 것이 된다. 상기 상법의 규정에 의하여 피상고 회사의 책임이, 상고인에 대하여 본건 원목의 인도되어야 하는 날로부터 기산하여 1년 시효에 의하여 소멸하지 아니하고, 본건 상고인의 청구를 인정할 수 있는 것이라면, 원심은 이 점에 관하여 판단을 하여야 함에도 불구하고, 아무런 판단을 하지 아니하고 단지 상법 제328조 제3항, 제349조의 소위 운송인에게 악의가 있는 경우에는, 피상고 회사가 원목유실의 사실을 엄폐한 경우를 포함하지 아니한다는 취지를 설시하고, 피상고 회사의 책임은 1년의 시효에 의하여 소멸되었다고 하여 상고인의 청구를 배척한 것은 이유불비의 불법이 있고, 본건 상고는 이유가 있다. 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건 청구의 당부는, 전술한 것과 같은 본건 원목의 유실은 피상고 회사의 악의에 의한 것인지의 여부의 사실을 확정하지 아니하면 이를 결정할 수 없으므로, 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 본건을 대구복심법원으로 환송함이 상당하다. 또한, 본 논지에 의하여 원판결을 파기함에 충분하므로 그 밖의 논지에 관하여는 설명을 생략하고, 민사소송법 제447조 제1항, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

50 손해배상청구에 관한 건
〔대정4년민상제268호 1915년 12월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 청구의 원인 및 수액에 관하여 다툼이 있는 경우에 있어서, 법원이 우선 그 원인에 관하여 판결을 하고 당해 판결이 확정된 때에는, 그 기본적인 것이 구술변론 이후에 발생한 것이 아니라면, 수액에 관한 변론 중에서 청구의 원인을 부정하는 결과를 초래하는 항변을 제출할 수 없다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 광장 주식회사
법률상 대리인 이사 김한규
【피상고인】 호근호

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 10월 14일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 “따라서 우선 항소인의 시효의 항변에 관하여 살피건대, 본건에서는 앞서 청구의 원인을 정당하다고 하는 취지의 중간판결이 있고, 당해 판결에서 인정된 사실의 요지는, 항소인은 그 소유하는 시장 내의 점포를 피항소인 등에게 임대할 때 화기(火氣)를 사용하는 상

인에 대하여는, 시장 내의 다른 점포를 임대하지 아니한다는 취지의 부수계약을 체결하였음에도 불구하고, 이에 위반하여 화로를 사용하여 영업을 한 상인 서응관이라는 자에게 피항소인이 임차하는 점포에 인접하는 점포를 임대하는 바람에, 1914년 5월 9일 서응관의 종업원의 화로사용상의 부주의로 인하여 실화되고, 피항소인은 연소의 피해를 보고 손해를 입었으므로, 항소인은 계약의무불이행의 책임에 기하여 그 배상을 할 의무가 있다는 것이다. 그리고 위 판결은 이미 확정되었기 때문에 만일 청구원인의 존재를 부정하게 되는 사유는, 당해 판결의 기본적인 것이 구술변론의 결과 후에 발생한 것이 아니라면 그 주장을 할 수 없음은, 판결의 확정력으로부터 발생하는 필연의 귀결이다. 항소인 주장의 시효의 항변의 취지는, 항소인이 화기를 사용하는 상인 이재덕이라는 자에게 시장 내의 점포를 임대하여 계약에 위반한 것은 1906년 5월이라면, 항소인의 계약상의 의무에 대한 시효는 그때부터 진행되고, 따라서 상법 제285조의 5년의 시효기간은 본소 제기 전에 이미 경과되었다는 것이다. 생각건대, 피항소인의 계약상의 권리는 소멸하였으므로 상기 확정판결의 효력과 상충하는 불법의 주장임이 명백하다. 이에 더하여 본건에 관하여는 1910년 8월 중 항소인의 승인에 의하여 시효중단되었음은 갑 제1호증에 의하여 의문이 없으므로, 위 시효의 기산점 및 그 기간에 관한 항소인의 주장을 용인하더라도, 1914년 5월 본소 제기시에는 아직 시효완성되지 아니하였다고 말하여야 하고, 어느 점으로 추론하여도 항소인의 위 항변은 채용할 수 없다"고 설명하여 상고인의 시효항변을 배척하였다. 그러나 시효항변은 청구원인의 존재를 부정하는 사유를 주장하는 것이 아니라, 오히려 청구원인의 존재는 인정하고 청구원인은 존재하지만 시효의 효력에 의하여 상대방은 청구권을 상실하였다고 주장하는 것이므로, 원인을 정당하다고 하는 취지의 확정된 중간판결의 효력을 침해하는 것이 아니다. 그렇다면 원판결이 이로써 불법의 주장이라고 한 것은 위법하다. 또한, 갑 제1호증은 화기사용을 금지하여야 하는 의무의 승인에 그치고, 상고인이 화기를 사용하는 상인에게 점포를 임대하는 계약위반에 의하여 발생한 손해배상의무의 승인서가 아님은 그 문구상 명백함에도 불구하고, 원판결이 이로써 시효중단의 효력이 있다고 인정한

것은 위법하다.

살피건대, 청구의 원인 및 수액에 관하여 다툼이 있어서 동시에 이를 심리할 때에는 소송절차가 번잡해질 뿐만 아니라, 청구의 원인이 없다고 재판될 때에는 수액에 관하여 한 변론이 무용하게 되는 결과가 발생하므로, 사건의 태양에 따라 청구의 원인과 수액으로 변론을 분리할 수 있다는 취지의 민사소송법에 규정된 당해 소송절차에 기하여, 청구의 원인을 정당하다고 하는 판결이 있고 확정된 때에는, 나아가 수액에 관한 변론을 하게 하고 그 재판을 하여야 할 것이지, 다시 청구의 원인이 정당한지의 여부를 재판하여야 하는 것이 아니다. 따라서 청구의 원인을 정당하다고 하는 판결의 확정 후에 있어서는, 당해 판결의 기본적인 것이 구술변론 이후에 발생한 것이 아니라면, 수액에 관한 변론 중에 청구의 원인이 정당하다고 하는 판결을 부정하는 결과를 초래하는 항변을 제출할 수 없다. 만일 수액에 관한 변론에서 이미 확정된 원인판결을 부정하는 결과를 초래하는 항변을 제출할 수 있다고 하면, 확정판결의 효력을 무시할 뿐만 아니라, 청구의 원인과 수액으로 변론을 분리하여 심리재판할 수 있다는 취지의 규정이 있는 민사소송법의 입법정신을 몰각하게 된다. 따라서 청구의 원인을 정당하다고 하는 판결을 부정하는 결과를 초래하는 항변은, 원인판결의 확정 후에 발생한 사유에 기하지 아니하는 한은, 당해 판결의 확정 전인 사실심의 최종 구술변론에 이르기까지의 사이에만 이를 제출할 수 있다. 본소 피상고인의 주장은, 1905년 중 상고인은 시장을 건설하여 일반 상민(商民)에 대하여 점포를 대여하고 상민의 물품은 보관의 책임을 지며, 시장 내에 화기를 사용하는 상민을 두지 아니하여 화재 등이 있을 때에는 상고인이 그 책임을 진다는 취지의 공고를 하였고, 피상고인은 당해 공고의 취지에 기하여 상고인과 계약하고 시장 내의 점포를 임차하여 잡화영업을 하였는데, 그 후에 상고인은 화기를 사용하는 떡가게 서응관에 대하여 시장 내에 영업하는 것을 허락하였으므로, 피상고인은 상고인에 대하여 화기사용금지를 구하였는데, 상고인은 그 의무를 태만히 하고 화기금지의 방법을 강구하지 아니하였으며, 만연히 시간이 경과되는 중에 떡가게에서 화재가 발생하여 피상고인의 점포상품이 소실되기에 이르렀으므로, 계약의무의 불이행에 의하여 발생

한 손해의 배상을 청구한다는 점이다. 상고인은 이에 대하여 그 청구원인 및 수액을 다투므로, 법원은 청구의 원인과 수액으로 변론을 분리하여 먼저 원인에 관하여 심리를 한 다음, 상고인은 의무불이행에 기하여 피상고인이 입은 손해의 배상을 할 책임이 있다고, 즉 피상고인의 본소 청구의 원인은 정당하다는 취지의 판결을 하였고, 당해 판결은 확정되었다. 그리고 그 후 수액에 관한 구술변론에 이르러 상고인은 시효의 항변을 제출하였다. 그 취지는, 상고인이 화기를 사용하는 상인에게 시장 내의 점포를 임대하여 계약에 위반한 것은 1906년 5월이고, 본소의 제기는 1914년 5월이며, 그 사이 피상고인은 아무런 권리를 주장하지 아니하였으므로, 상법 제285조에 의하여 피상고인의 본소 청구권은 시효에 의하여 소멸하고, 상고인은 피상고인에 대하여 손해를 배상할 의무가 없다는 것이다. 만일 이와 같은 항변을 다시 제출할 수 있고 또한 이유가 있다고 하게 되면, 피상고인의 청구는 부당함에 귀착되고, 나아가 수액에 관하여 심리 재판할 필요가 없게 된다. 그렇게 되면 이미 확정된 청구의 원인을 정당하다고 한 원판결의 효력을 무시하는 결과가 발생한다. 그리고 위 항변은 확정된 원인판결의 사실심에서의 최종 구술변론 이후에 발생한 사유에 기하지 아니하였음은, 그 항변 자체에 의하여 명백하므로, 원인판결이 확정된 이후에 이를 제출하고 다시 청구원인의 당부를 다툴 수 없음은 두말할 필요가 없다. 따라서 원심이 상기 확정판결의 효력과 상충하는 불법의 주장이라고 하여 배척한 것은 타당하고, 논지 전단은 그 이유가 없다. 이미 시효의 항변을 허용하여서는 아니 되는 이상, 갑 제1호증이 시효중단의 효력이 발생하는지의 여부는 판단할 필요가 없다. 왜냐하면, 이와 같은 판단은 시효의 항변을 할 수 있다는 전제하에 할 수 있는 것이기 때문이다. 이상과 같이 이미 항변을 불법하다고 하여 배척한 이상은, 원심의 당해 증거에 대한 판단의 당부는 판결주문에 아무런 영향이 없으므로 논지 후단도 역시 결국 그 이유가 없다.

이상과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

51 대지료(貸地料)청구에 관한 건 〔대정4년민상제252호 1915년 12월 17일 판결〕

【판결요지】

1. 임차인이 임대인의 승낙을 얻지 아니하고 그 권리를 확인하거나 임차물을 전대하여도, 그 행위는 당연무효가 아니다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 대총승길(大塚勝吉, 오츠카)
【피상고인】 대삼세이(大森セイ, 오오모리)

위 당사자 간의 대지료 청구사건에 관하여 1915년 6월 29일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

피상고인의 청구의 원인이 되는 토지는, 피상고인의 소유가 아니라 조선총독부 철도국의 소유이고, 피상고인은 이를 빌리고 있음에 불과하다. 그리고 철도국토지취급규정 제14조에는 차지권을 타인에게 양도하거나 토지를 전대할 수 없다고 되어 있다. 피상고인은 차지(借地)에 관하여는 본 조항을 인정하고 차지계약을 하고 있으면서도 불법하게 이를 전대한 것이다. 또한, 민법 제613조에 의하면, 임차인이 적법하게

임차물을 전대할 때에는 전차인은 임대인에 대하여 직접 의무를 진다. 이 경우에 차임의 선불로서 임대인에게 대항할 수 있다고 한다. 따라서 임차인인 피상고인이 적법하게 전대하였다고 하더라도, 상고인은 직접 임대인인 철도국에 대하여 의무가 있는 것이고, 피상고인에 대하여는 의무가 없음이 명백하므로, 불법의 전대에 대하여는 의무가 없다. 원래 차지료는 당초 피상고인이 철도국으로부터 1평에 금 5전을 납부할 약속으로 임차한 것을, 1개월 1평에 관하여 금 9전을 상당하다고 복심법원에서 판결한 것은, 피상고인의 자의로 4전의 증액을 청구하는 부당한 행위를 보호하는 것이므로, 상고인은 절대로 응하기 어렵다.

살피건대, 민법 제612조 제1항, 제2항의 규정에 의하면, 임차인이 임대인의 승낙을 얻지 아니하고, 임차권을 양도하거나 임차물을 타인에게 전대하고, 제3자로 하여금 사용 또는 수익을 하게할 때에는, 임대인은 임차인에 대하여 임대차계약의 해제를 할 수 있지만, 임차인의 임차권의 양도 또는 임차물의 전대의 행위는 당연무효가 아님은 명백하다. 그리고 철도국 토지취급규정 제14조에 차지권을 타인에게 양도하거나 전대할 수 없다는 규정이 있기는 하지만, 당해 규정인 상기 민법의 규정의 취지에 따라 임차인이 타인에게 임차권을 양도하거나 토지를 전대할 때에는, 철도국은 임대차계약의 해제권을 갖는다는 취지에 불과하고, 철도국이 그 해제권을 행사하지 아니한 이상은, 피상고인 및 상고인 간의 본건 토지전대차에 대하여 아무런 영향을 미치지 아니한다. 또한, 임차인이 적법하게 임차물을 타인에게 전대한 경우에는, 임대인에 대하여 직접 의무를 진다는 논지는 소론과 같다고 하여도, 이것은 임차인이 적법하게 전대한 경우에 그러할 뿐이고, 그 적법하게 전대한 경우란, 상기 민법 제612조의 규정에 비추어 명백한 것과 같이, 임차인이 임대인의 승낙을 얻어 전대한 경우를 말하는 것이므로, 소론과 같이 임차인인 피상고인이 임대인인 철도국의 승낙을 얻지 아니하고 상고인에게 전대한 경우와 같은 경우에는, 상고인은 철도국에 대하여 직접 의무를 지지 아니한다. 그리고 임차인이 함부로 임차물을 전대하여도 그 행위는 당연무효가 아니고, 단지 임대인의 계약해제의 원인임에 불과함은 앞의 설명과 같으므로, 상고인은 피상고인에 대하여 임차료지급의 의무가 있음은 두말할 필요가 없다. 따라서 본

논지 전단은 이유가 없다. 그 밖에 원판결은 갑 제1호증에 의하여, 당사자 간의 본건 토지의 차지료는 상당한 지료를 지급한다는 약속인 점 및 당해 지료는 1개월 1평에 금 9전을 상당하다고 한 점을 인정한 것이므로, 이를 그러하지 아니하다고 하여 원판결을 공격하는 논지 후단은, 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것에 불과하고, 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

52 약속어음금청구에 관한 건
〔대정4년민상제257호 1915년 12월 21일 판결〕

【판결요지】

1. 총채권자의 채권에 관하여 권한이 있는 대리인이 포괄적으로 대물변제를 받았을 때에는, 각 채권자의 어느 채권이 어느 급부에 의하여 변제되었는지는 명료하지 아니하지만, 그 포괄적 대물변제는 유효하다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 주식회사 공익사
법률상 대리인 이사 박승직
소송대리인 성전정일랑(星田正一郎, 호시다)
【피상고인】 박수강

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1915년 9월 30일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가

있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 본건 약속어음채권은 발행인인 소외 박수정이 갖는 상품 및 채권에 의한 대물변제로 소멸되었다고 한다. 그 이유는 상고인 등 총채권자의 대리인인 고뢰정태랑(高瀨政太郎, 다까세), 김익영, 모영춘 등이 소외 박수정으로부터 그가 갖고 있는 상품전부 및 약 7,000원의 채권을 대물변제로서 받고, 총채권자의 채권은 이에 의하여 소멸되었으므로, 그 채권의 일부인 본건 약속어음채권도 역시 소멸되었고, 또한 본건 위 대리인 등은 채권의 변제수령의 권한 이외에 면제의 권한을 가지지 아니하지만, 위 박수정의 제공재산이 각 채권자의 총채권액에 충족되지 아니한 부분이 채권일부의 면제에 의하여 소멸된 것은 아니므로, 대리인의 면제의 권한의 유무는 아무런 관계가 없으며, 대리인의 정당권한 내의 행위인 대물변제의 수령에 의하여 소멸되었다고 한다. 그러나 증인 고뢰정태랑(高瀨政太郎, 다까세)의 “박수정의 상품을 매각하고 채권을 추심하여 변제하여도 각 채권자에게 만족한 변제를 할 수 없지만, 위임을 받은 증인 등 3인은 박수정의 잔채무를 면제하였다”는 진술, 증인 모영춘의 “상품을 매각하고 채권을 추심하여도 각 채권자의 채권을 완제할 수 없지만, 그 잔액채무는 면제한다는 취지의 계약서를 작성하여 박수정에게 주었다고 …”하는 진술, 증인 김익영의 “상품 및 채권으로 채무의 대물변제에 제공하고 부족한 부분은 추징을 받겠다는 취지의 계약서를 받았고, 이 계약서만으로도 박수정의 채무는 소멸하지만, 그 후 증인 등 대표자 3인은 다시 계약서를 박수정에게 받아 잔채무를 면제한다는 계약을 하였다”는 취지의 진술 등에 의하면, 판결에서 소위 대물변제를 받았다고 하는 을 제1호증 작성 당시 이미 박수정의 총채무액이 그 제공한 재산액을 초과함

은 의문이 없는 사실이므로, 그 부족액을 면제하고 상품대금 및 채권의 추심액을 한도로 하여 변제에 충당하고 채무를 소멸시키는 것이 아니라면, 각 채권자의 총채권액을 소멸시키는 것은 불가능하므로, 그로써 상품의 매각대금 및 채권의 추심액으로 변제에 충당하고, 그 나머지의 부족액을 면제함을 대리인 등이 박수정과 약속한 것임이 명백하다. 따라서 위 증언의 채부 및 사실의 인정에 관하여 여기서 함부로 말할 수 없지만, 원래 면제인지 또는 대물변제인지는 사실 그 자체의 인정이 아니고 사실의 의미의 인정으로서, 사실에 기초한 법률행위의 해석이 되어야 할 것인데, 전술하였듯이 채무자의 총재산제공액이 총채권액에 이르지 아니함은 다툼이 없는 사실로서, 채권일부의 면제가 아니라고 하면서 채권을 소멸시키는 것이 불가능한 이상은, 법률행위의 해석으로서 판결과 같이 이를 대물변제로 해석할 수 없는 것이고, 따라서 본건 어음채권도 역시 대물변제에 의하여 소멸되었다고 할 수 없다. 그런데 원판결은 채권일부의 면제가 아니라고 하여 법률행위의 해석을 그르침으로써, 채권면제의 권한이 없는 대리인의 행위에 효력을 부여하고 채권이 소멸되었다고 한 것은, 부당하게 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이다.

살피건대, 원판결은 증거에 의하여 총채권자의 채권의 전부가 대물변제에 의하여 소멸된 사실을 인정한 것이라면, 상고인이 채권일부의 면제가 있다고 인정하여야 한다고 논하여 원판결을 비난공격하는 본 논지는, 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단 및 사실의 인정을 비난하는 것이므로 상고적법의 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

가령 전항에서 언급한 바와 같이 소위 대물변제 당시 채무자의 제공재산액이 총채권액에 충족되는지의 여부가 명백하지 아니한 상태에서 대물변제에 충당되는 것으로 보고 채권의 일부면제가 아니라고 하는 경우, 어떠한 방법으로 각 채권자의 채권이 변제되었는지, 구체적으로는 어느 채권자의 채권은 상품으로, 어느 채권자의 채권은 채권으로 변제되었는지, 또는 상품 및 채권으로 변제되었는지, 만일 상품 및 채권으로 변제된 것이 있다고 하면, 어떠한 분배에 의한 것인지, 이 점에 관하여 아무런 설명이 없다. 따라서 상고인의 채권은 과연 상품으

로 변제되었는지, 채권으로 변제되었는지 또는 상품 및 채권으로 어떠한 분배에 의하여 변제되었는지 명백하지 아니하다. 그리고 대물변제는, 통설에 따르면 그 성질이 채무의 목적의 변경에 의한 경개된 신채무의 변제라고 할 것인데, 그 경개된 신채무의 목적이 전술하였듯이 채권인지 상품인지 또는 채권과 상품인지, 그리고 채권과 상품이라고 한다면 그 수액의 분배는 어떻게 되는지 도대체 일정하지 아니하다. 즉, 채무의 요소인 목적물의 일정함을 결하여 신채무는 발생하지 아니하므로, 경개는 그 효력이 발생하지 아니하고, 따라서 대물변제는 그 효력이 발생하지 아니한다. 그런데 원판결은 이 이론을 따르지 아니하고 상품 및 채권전부로서 한 총채권의 대물변제라고 해석한 것은, 법률행위의 해석을 그르치고 나아가 법률적용에 착오를 일으킨 위법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결은 본건 약속어음의 발행인인 박수정에 대한 총채권자의 채권추심에 관한 대리인이, 그 권한 내에 있어서 박수정이 가지는 상품전부 및 약 7,000원의 채권으로 대물변제를 받고 각 채권자의 전채권을 소멸시켰으며, 본건 어음채권도 역시 위 대물변제에 의하여 소멸된 사실을 인정하였다. 그렇다면 박수정에 대한 총채권자의 채권은 권한이 있는 대리인이 포괄적으로 대물변제를 받음으로서 소멸된 것이라고 말하여야 한다. 그리고 그와 같이 총채권자의 채권에 관하여 포괄적으로 대물변제를 받은 때에는, 각 채권자의 어느 채권이 어느 급부에 의하여 변제되었는지는 원래 명료하지 아니하지만, 그로 인하여 그 포괄적 대물변제를 금지하여야 하는 이유가 없으므로, 원판결이 위 대물변제를 인정하고 본건 어음채권이 소멸되었음을 판정한 것은 위법이 아니다. 그리고 포괄적으로 대물변제를 받은 경우에 있어서, 각 채권자가 개개의 채권에 관하여 얼마만큼을 수령하였는지는 그 변제를 받은 각 채권자 간에서 분배 그 밖의 방법에 의하여 그 수령액을 정하여야 한다. 본안 약속어음금 청구사건의 판결에서 이를 판명할 필요가 없으므로, 원판결에 그 설명이 없는 것은 당연하다. 따라서 그 설명이 없다고 운운하고 대물변제는 그 효력이 발생하지 않는다고 논하여 원판결을 비난하는 것은, 타당하지 아니하므로 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

판결은 "증인 김익영의 진술에 의하면, 대리인 등이 박수정으로부터 대물변제를 받을시에 만일 상품의 매각 및 채권의 추심의 결과, 각 채권자의 채권에 충당할 수 없을 때에는 그 부족액을 추징하여야 함을 약속하였지만, 후에 이르러 부족액의 추징을 면제하였음을 인정할 수 있다. 그러나 그 증언의 전취지를 고려한다면, 위는 채권자로부터 추심의 위임을 받은 채권의 일부를 면제한 것이 아니고, 대물변제를 받을시에 체결한 부수적인 담보계약에 기한 별개의 권리를 소멸시킨 것에 불과하다고 해석함이 상당하므로, 이 역시 대물변제의 효력에 영향을 미치지 아니한다"고 설명하고, 증언 중의 부족분의 면제는 채권일부의 면제가 아니며, 따라서 대리인의 권한 외의 면제가 아니라 그 권한 내의 대물변제의 수령에 의하여 총채권, 즉 본건 채권이 유효하게 소멸되었음을 설명하였다. 그러나 그 소위 부수의 담보계약이란 과연 어떠한 취지의 계약인지를 설명하지 아니할 뿐만 아니라, 만약 당해 계약이 상품의 매각 및 채권의 추심의 결과 그 금액이 각 채권자의 채권액에 이르지 아니하고 부족액이 있을 때에는 추가 변제(추징을 받는 것)하기로 하는 내용의 계약이라면, 이 계약이야말로 판시와 같이 상품 및 채권으로 바로 총채권의 대물변제를 받은 것이 아니라, 오히려 상품의 대금 및 채권의 추심금액으로 변제에 충당하고, 만일 부족할 때에는 다시 추가 변제를 한다는 것을 약속한 것이다. 또한, 판결의 소위 부수적인 담보계약에 기한 별개의 권리를 소멸시켰다는 것은 그 잔채무의 추가변제의무를 면제하고 잔채권을 소멸시키는 것임을 증명하는 것으로, 오히려 대물변제가 아님을 판지 스스로 인정하는 결론에 도달하는 것이다. 이에 더하여 판결의 소위 부수적인 담보계약의 체결은 대리인의 권한 내의 행위가 아니므로 그 효력이 발생하지 아니하고 소위 별개의 권리도 발생하지 아니한다. 따라서 이를 소멸시키는 면제권한도 갖지 아니하므로, 어느 점에 의하더라도 판결의 소론은 모순을 내포함을 면할 수 없다. 요컨대, 이유불비의 판결일 뿐만 아니라, 또한 부당하게 대리권한을 인정한 위법한 판결이다.

살피건대, 원판결이 증인 김익영의 증언을 해석하고 채권의 일부를 면제한 것이 아니라, 대물변제를 받은 때에 체결된 부수적인 담보계약

에 기한 별개의 권리를 소멸시킨 것에 불과하다고 판시한 것은, 그 의미가 증인의 소위 부족액 추징면제의 취지는 채권의 일부를 면제한다는 취지가 아니라, 총채권자의 채권의 전부가 대물변제에 의하여 소멸한 때, 이에 연유하여 별도로 부족이 있을 때에는 그 부족액을 추징한다는 일종의 담보계약을 체결하고, 그 계약에 기한 별개의 권리를 소멸시켰다는 취지의 의미라고 판단한 것임은, 원판결문을 통독하여 조금도 의심할 여지가 없음은 명백하다. 따라서 원판결은 대물변제가 채권의 일부에 관하여 이루어졌다고 판단하지 아니하였음은 물론, 또한 총채권자의 채권의 일부가 잔존하고 그 잔채권에 관하여 면제가 있다고 판단한 것도 아니므로, 총채권이 대물변제에 의하여 소멸하였다고 인정한 판지와 아무런 모순이 없다. 그리고 상기 별개의 권리에 관한 일종의 담보계약이 대리인의 권한 내에서 체결되었는지의 여부, 또한 대리인이 별개의 권리를 소멸시킬 권한을 갖는지의 여부와 같은 것은, 이미 대물변제에 의하여 총채권이 소멸되었다고 인정한 원판결에서 이를 판정할 필요가 없으므로, 그 판정이 없어도 이유에 불비를 초래하지 아니한다. 요컨대, 본 논지는 상고인이 증인의 취지에 관하여 원심과 해석을 달리함으로써 원판결을 공격하는 것에 불과하므로, 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

53 토지가옥소유권확인청구에 관한 건 〔대정4년민상제235호 1915년 12월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 제1심법원에서 한 당사자의 자백은, 제2심법원에서 이를 취소하였다고 하더라도 정당한 이유로 취소한 것이 아닌 한, 다른 일방의 당

사자가 당해 자백을 인용할 때에는 제2심법원은 이를 사실판정의 자료로 할 수 있다(상고이유 제1점).

1. 소유권취득의 증명을 얻은 토지 및 건물로서 그 사표(四標)토지의 종목, 건물의 종류, 구조 등 실지에 부합할 때에는, 그 지번평수에 다소의 오류가 있어도 그 증명은 유효하고 대항력을 갖는다(상고이유 제2점).

1. 소유권보존의 증명 또는 등기를 거친 부동산에 대하여 다시 소유권보존의 증명 또는 등기를 거친 경우에 있어서는, 후의 보존의 증명 또는 등기는 당연무효이므로, 따라서 이에 기하여 이루어진 가압류명령 및 경매신청의 기입은 물론, 경락에 의한 소유권취득의 증명 또는 등기도 역시 무효이다(상고이유 제4점).

1. 토지조사령에 의한 사정은, 조사신고 당일 현재를 기준으로 하고 사정 당일 현재를 기준으로 하는 것이 아니다(상고이유 제5점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 산본관어(山本貫語, 야마모또)
【피상고인】 음진명
소송대리인 김응준
복대리인 박제선

위 당사자 간의 토지가옥소유권확인 청구사건에 관하여 1915년 7월 15일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인은 상고를 제기하므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

본소에서 가장 중요한 쟁점은, 계쟁토지건물은 구경성부남부 명철방 청녕위계황정동(明哲坊靑寧尉契黃井洞) 5통 7호에 존재하는지, 같은 동 5통 8호에 존재하는지 여부이다. 따라서 항소인이 경락에 의하여 소유권을 취득한 토지건물과 피항소인이 소외 김성근으로부터 매수하였다고 하는 토지건물과 동일한 물건인지, 즉 계쟁목적물의 차이가 있는지의 여부에 있다. 그리고 상고인은, 제1심에서 위 양 물건이 동일 물건이라고 진술한 것은 착오에 기하였으므로 원심에서 당해 진술을 취소하고, 위 양 물건이 동일하지 아니하다는 취지를 주장하였으며, 증인 함연풍의 같은 취지의 증언으로 이를 입증하였다. 우리 민사소송법상 당사자가 착오에 기하여 자신에게 불이익한 사실을 승인하였다고 하여도, 다시 이를 경정하여 자신에게 유리한 주장을 하고, 상대방 주장의 사실을 다툰다면, 먼저 이루어진 착오에 기한 진술은 그 효력을 상실하고, 법원은 경정 후의 주장에 기하여 재판하여야 한다. 그런데 원판결을 본다면, 상고인이 제1심에서 착오에 기하여 한 위 양 물건이 동일하다는 취지의 진술을 고수하고, 경정 후의 주장을 몰각하여 이를 증거로 채용하였을 뿐만 아니라, 증인 함연풍이 원심에서 위 양 물건이 동일하지 아니하다는 취지를 진술한 것을 전혀 반대로 같은 물건이라는 취지로 이를 해석하고, 위 양 물건이 동일 물건이라는 증거라고 하여, "원심에서(중략) 항소인의 진술 및 증인 함연풍의 진술을 참작 고려하면(중략) 동일 물건인 것에 한 점의 의심할 여지도 없다"고 판시하였다. 이것은 전적으로 원심이 채증의 법칙에 위배하여 판결하고 법률에 위배된 불법이 있다.

살피건대, 제1심법원에서 한 당사자의 자백은, 제2심법원에서 이를 취소하였다고 하더라도, 정당한 이유가 있어 취소한 것이 아닌 한은, 다른 일방의 당사자가 위 자백을 인용한 때에는, 제2심법원은 그 자백을 사실판정의 자료로 할 수 있다. 그리고 원심 구술변론조서 및 원판결의 사실적시에 비추어 보면, 상고인이 제1심법원에서 한 본소 5통 8호의 토지건물은 5통 7호의 토지건물과 동일한 물건이라는 취지의 자백을, 원심에서 피상고인이 유리하게 인용하였고, 상고인이 위 자백은 오류에 의한 것이라고만 말하고 달리 아무런 이유도 말하지 아니한

것은 명확하다. 또한, 증인 함연풍의 신문조서에 의하여, 같은 증인은 계쟁토지건물이라는 것에 당사자 간에 다툼이 없는 경성방산정(芳山町) 96번지 소재의 택지건물은, 개정 전의 경성남부 명철방황정동 5통 7호에 상당하고, 지금은 피상고인의 소유에 속하며, 그 이전에는 김성근의 소유라는 취지의 증언을 한 것도 역시 명백하다면, 원심이 그 증언과 위 자백을 다른 증거와 종합하여, 피상고인이 매수한 토지건물은 상고인이 경락한 토지건물과 동일한 물건이라는 취지의 사실을 인정한 것은 상당하고, 조금도 채증의 법칙에 위배되지 아니하므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

계쟁부동산은, 소외 김성근에 대하여 이루어진 소유권보존의 증명 및 동인으로부터 피상고인으로의 매매에 의한 소유권의 이전증명이 모두 경성부남부 황정동 5통 8호 소재물건으로 증명되었지만, 같은 동 5통 7호 소재의 물건임이 명백하지 아니하다면, 피상고인은 그 소유권을 취득하여도 사실에 부합하지 아니한 무효인 등기(증명)로서 제3자인 상고인에 대하여 그 소유권을 대항할 수 없음을, 원심에서는 경정이 허용되는 정도의 오류의 등기는 그 자체로 무효로 할 수 없고, 따라서 그 소유권을 대항할 수 있다고 하였다. 그러나 인가가 드문 산간광야에 산재해 있다면 몰라도, 인가가 밀집하여 1촌 1분의 경계를 다투는 도회의 지(地)에서 하나의 지번의 상위도 가볍게 다루어서는 아니 된다고 믿는다. 그와 같이 하여 비로소 우리나라의 물권의 득실을 제3자에 대한 공시주의를 채용하는 법의 목적을 달성하고, 우리의 생활의 안전을 얻을 수 있기 때문이다. 따라서 원판결은 이 대원칙을 무시하고 법의 정신을 몰각한 불법한 판결이다.

살피건대, 소유권취득의 증명을 얻은 토지 및 건물로서 그 사표(四標), 토지의 종목, 건물의 종류, 구조 등 실지에 부합하는 때에는, 그 지번, 평수에 다소의 오류가 있어도 그 오류는 경정을 허용하는 사항에 속하므로, 그 증명은 원래 유효하고, 따라서 대항력을 갖는 것은 물론이다. 원판결에 의하면, 원심은 피상고인이 5통 8호의 표시하에 소유권을 취득한 토지건물은, 상고인이 경락에 의하여 소유권을 취득하였다고 주장하는 5통 7호의 토지건물과 동일 물건이라고 인정한 다음,

“피항소인이 받은 상기 토지건물에 관한 소유권취득의 각 증명을 본다면, 지번, 평수에 다소의 착오가 없지 않지만, 사표(四標), 토지의 종목, 건물, 종류, 구조 등은 정당한 표시와 부합하고, 당해 증명 자체에 의하여 계쟁토지건물에 관한 것임을 인식할 수 있는 것은 명확하므로, 피항소인이 한 상기 소유권취득의 증명은 유효하고 대항력이 있음은 두말할 필요가 없다. 단, 상기와 같이 피항소인의 소유권취득의 증명에는 8호번 평수 등에 착오가 있지만, 이러한 착오는 경정이 허용되는 사항에 속하므로, 이에 의하여 위 증명을 무효로 할 수 없다”고 판시한 것으로, 원판결은 상당하므로 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

본건 계쟁부동산은 상고인이 주장하는 물건과 피상고인이 주장하는 물건이 동일한 물건이 아니라는 취지를 주장하였는데, 원심은 이를 동일한 물건이라고 속단하였다. 증거로 채용한 것 중에는 토지신고서 및 함연풍의 증언이 있다. 여기서 이를 본다면, 함연풍이 증언하는 바에 의하면, 경성부남부 황정동 5통 7호 및 같은 동 5통 8호는 전혀 다른 물건으로서, 그 각 물건의 소유자 및 점유자가 동일하지 아니하고, 5통 8호는 김성근의 소유물건이 아닐뿐 아니라 동인은 이를 점유하고 있지도 않는다고 말하였다. 한편, 토지신고서를 보면, 김성근은 신고 당시 5통 7호에 거주하고 5통 8호 소재 부동산을 소유하지 않는다는 것이어서, 이 양 증거는 전혀 상반되는 것이다. 따라서 하나를 취하면 하나를 버려야 하고, 모두 이를 채택하면 전적으로 2개의 물건의 존재를 긍정하여야 함에도, 원심에서 물건은 유일하고 2개가 아니라고 하며, 상고인 및 피상고인 주장의 물건은 동일한 물건이라고 판단한 것은, 채증의 법칙을 그르친 것 역시 크다.

살피건대, 원판결에 의하면, 원심은 특히 함연풍의 증언과 토지신고서에 의하여, 피상고인이 매수한 토지건물은 상고인이 경락한 토지건물과 동일한 물건이라고 인정한 것이 아니라, 그 밖의 서증 특히 상고인이 제1심법원에서 한 본소 5통 8호의 토지건물과 동일하다는 취지의 진술을 종합하여 이를 동일한 물건이라고 하고, 또한 계쟁토지건물의 구호칭은 5통 7호로서 5통 8호라 하는 것은 피상고인의 전소유자인 김성근 이래의 오전(誤傳)에 의한 것이라고 인정한 것으로, 위 증

거를 참작함으로써 상기와 같은 사실을 인정하기에 충분하다면, 본 논지는 결국 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단을 비난하는 것이므로 상고적법의 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심은 계쟁부동산소유권의 귀속을 판단함에 있어, 상고인이 처음에 가압류명령에 기하여 한 소유권보존의 증명은 기증명부동산을 미증명부동산으로 증명관리의 착오를 일으켰으므로 그 소유권취득의 증명은 무효이고, 피상고인의 소유권취득의 증명은 유효하다고 한다. 그리고 그 증명은 모두 1914년 1월 14일이 된다고 한다. 여기서 소유권의 취득자는 같은 날에 증명의 순위에 의하여 판단할 수밖에 없다. 가령 상고인의 가압류명령에 기한 증명이 무효라고 하더라도, 가압류의 효력도 역시 무효라고 할 수는 없으므로, 가압류결정 후에 소유권을 취득하면서 이러한 사정을 알고 있는 전 소유자로부터 매수한 자는 당연히 부담부 물건을 취득하는 것이 된다. 그리고 압류채권자에 대하여는 그 소유권취득을 주장할 수 없으므로, 가압류채권자에 대하여 소유권의 이전을 대항하려면, 가압류명령에 기한 증명보다 선순위로 증명을 얻어야 함은 증명령, 등기령을 통하여 자명한 이치이다. 따라서 소유권의 귀속을 판단하려면 모름지기 증명의 순위를 먼저 결정하여야 함에도, 원심은 만연히 피상고인의 소유권취득을 긍정한 것이므로 명백히 법률에 위배된 불법한 판결이다.

살피건대, 이미 소유권보존의 증명 또는 등기를 경료한 부동산에 대하여, 다시 소유권의 보존증명 또는 등기가 경료된 경우에 있어서는, 후자의 보존의 증명 또는 등기는 당연무효이므로, 이에 기하여 이루어진 가압류명령 및 경매신청의 기입은 물론, 경락에 의한 소유권취득의 증명 또는 등기도 역시 무효임을 면할 수 없다. 원판결에 의하면, 원심은 증거에 기하여, 상고인의 신청에 의하여 경성지방법원이 김성근에 대하여 계쟁토지건물의 가압류를 함에 있어서, 증명관리가 같은 법원의 촉탁에 의하여 1914년 1월 14일 계쟁토지건물을 미증명인 것으로 하고, 김성근을 위하여 새로이 소유권보존의 증명을 하였으며, 그 증명부에 위 가압류를 기입하고 나아가 1914년 3월 18일 강제경매의 신청을 기입한 후, 상고인이 계쟁토지건물을 경락할 때에 경락에 의한

소유권취득의 등기를 한 취지의 사실을 인정하고, 또 한편으로는 계쟁의 토지건물에 관하여는 이보다 앞서 피상고인의 전소유자인 김성근이 이미 소유권보존의 증명을 한 것으로, 1914년 1월 6일 피상고인이 이를 김성근으로부터 매수하고, 같은 달 14일 소유권취득의 증명을 받은 취지의 사실을 인정한 다음, “그렇다면 상기 1914년 1월 14일 증명관리가 경성지방법원의 촉탁에 의하여 김성근을 위하여 계쟁토지건물에 대하여 소유권보존의 증명을 하였고, 부동산가압류명령의 기입을 할 때에는 계쟁토지건물은 이미 증명된 것이므로 기증명의 것으로 조치하여야 함에도 불구하고, 증명관리는 이를 미증명의 것으로 오인하고 상기와 같이 새로이 김성근을 위하여 소유권보존의 증명을 한 것이라면, 그 증명은 등기령 시행의 전후를 묻지 아니하고 부당하며 무효임은 두말할 필요가 없다. 따라서 이에 기하여 한 가압류명령 및 경매신청의 기입은, 원래 당해 증명이 조선부동산등기령에 의하여 등기로 간주된 이후에 이루어진 것으로, 이에 기하여 항소인을 위하여 이루어진 경락에 의한 소유권취득의 등기도 역시 무효임을 면할 수 없다. 그리고 피항소인의 소유권취득의 증명은 조선부동산등기령에 의하여 실제로 등기로서 존재하므로, 요컨대 피항소인은 계쟁토지건물에 대한 소유권을 주장하고 이를 대항할 수 있음에 반하여, 항소인의 등기는 전적으로 무효이므로 그 소유권취득을 대항하여 피항소인의 권리를 부정할 수 없다”고 판시한 것으로, 실로 상당하다. 또한, 김성근이 본건 가압류명령이 있었음을 충분히 알면서 계쟁토지건물을 피상고인에게 매도하였다는 사실은 원판결이 인정하지 아니할 뿐만 아니라, 가령 위 매매당사자가 이를 충분히 알면서 매매하였다고 하여도, 증명부에 당해 압류가 유효하게 기입되기 이전에 그 소유권의 증명을 경료한 때에는, 당연히 유효하다. 그리고 본건 가압류가 유효하게 기입되지 아니하였음은 원판결이 확정하는 바이므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원판결에 의하면, 토지조사령에 의한 사정은 토지신고의 당일에 하여야 한다고 해석하고, 김성근이 1914년 3월 26일 사정에 의하여 소유권을 회복하였다는 취지의 상고인의 주장을 배척하였다. 그러나 같은

령 제15조에 토지소유자의 권리는 사정의 확정 또는 재결에 의하여 확정한다고 명규한다. 그렇다면 본건에서 이를 본다면, 경성부 소재의 토지는 모두 1914년 3월 26일 사정이 확정되었으므로, 같은 날 소유권자가 확정되고 소외 김성근에게 소유권이 귀속됨은 역시 의문의 여지가 없다. 즉, 이보다 앞서 소유권이전이 되어도 그 신고를 등한히 한 피상고인은 소유권을 상실하고, 김성근이 원시적으로 이를 취득하는 것이다. 이를 압류하고 경락에 의하여 다시 소유권을 취득한 상고인의 소유물건이 되는 것이 명백하므로, 원판결은 법률에 위배하여 그 소유자를 단정한 불법이 있다.

살피건대, 토지조사령에 의한 사정은 조사신고 당일 현재를 기준으로 이를 하는 것이고, 사정 당일 현재를 기준으로 이를 하는 것이 아니다. 따라서 원심이 "1914년 3월 26일의 사정 그 당일에 있어서의 계쟁지의 소유자는 김성근임을 명확히 한 것이 아니고, 조사신고 당일인 1912년 8월 8일에 있어서의 소유권이 김성근에게 있음을 사정한 것에 불과하므로, 위 사정은 같은 날 이후에 같은 사람으로부터 계쟁지를 매수한 피항소인의 권리에 대하여 아무런 영향을 미치지 아니한다"는 취지를 판단한 것은 상당하고, 원판결은 조금도 법률에 위배하여 그 소유자를 단정한 것이 아니다. 따라서 본 논지도 역시 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제452조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

54 계산잔금청구에 관한 건
〔대정4년민상제263호 1915년 12월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서 객주업자와 객과의 금전거래에 관하여 계산이 미제인 때에는, 이자를 붙이는 관습이 있다. 그리고 평안남북도 지방에서 그

러한 경우에 월 3푼의 이자를 붙이는 관습이 있다(상고이유, 추가상고이유 제2점).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 김상필
소송대리인 이동초
【피상고인】 박만화

위 당사자 간의 계산잔금 청구사건에 관하여 1915년 9월 29일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다. 원심은 상고인의 상호계산상의 이율에 관한 주장에 대하여, 평안북도에서 객주영업자와 상인 간의 거래에 있어서의 채무의 이자는, 특약이 없는 한은 그 거래일로부터 쌍방의 채권에 월 3푼의 이자를 붙이고, 계산일에 이르러 이를 공제 계산하며 그 잔액은 다음의 계산의 원본으로서 계상하는 관습은 현저한 사실이므로, 본소 거래에 있어서도 달리 특약이 없는 이상은, 위 관습에 기하여 월 3푼의 이자를 붙임을 상당하다고 인정하였으며, 피항소인은 상기 계산에 관하여 당초에는 3푼의 이자를 붙여 1908년 음 10월 27일 이후 1909년 음 7월 5일까지의 부분에 대하여 계산을 마쳤음이 상당하다고 판시하였다. 결국, 본소 상거래에 관한 상호계산 및 상계에 의하여 발생한 본소 청구액에 관한 계산 폐쇄일로부터 본건 판결집행 완료에 이르기까지의 이율을, 모두 평안남북도에 있어서의 종래의 관습에 의

하여야 한다고 인정하였다. 그러나 그 상호계산에 월 3푼의 이자를 붙이는 현저한 사실은, 원래 상고인이 인정하지 아니하는 바이고, 가령 그렇다고 가정하더라도 그것은 쌍방 간의 채권에 동률의 이자를 붙이고, 계산일까지에 한하여 이를 공제 계산하여야 하며, 그 상계에 의하여 발생한 잔액의 채권은 일반적인 보통 채권으로서, 상기 상거래상의 특종채권이 아니다. 즉, 본건 피상고인의 채권은 상호계산 폐쇄일 이후의 보통 채권이고 가령 연 2할 이자의 특약을 주장하면 다르겠지만, 그러하지 아니한 이상은 원판결의 인정과 같이 관습상의 이율에 의하여 재단하여서는 아니 되는 것은 당연한 조리라고 말하여야 한다. 그런데 원심에서 1910년 음 5월 3일을 본건 당사자의 상호계산 폐쇄일로 인정하였음에도 불구하고, 같은 날로부터 관습상의 연 2할의 이자를 붙이고 지급하여야 함을 명령한 것은 법칙에 위배된 판결이라고 믿는다. 또한, 추가상고이유 제2점은 다음과 같다. 관습은 하나의 사실이다. 그 존재에 관하여 당사자 다툼이 있을 때에는 이를 주장하는 자가 그 입증을 하여야 한다. 어느 하나의 지방에서만 행해지는 관습에 관하여는 특히 그러하다. 본건에서 피상고인이 주장하는 평안남북도 지방에서의 객주업자와 상인 간의 거래계산에 관하여, 월 3푼의 이자를 붙이는 관습의 존재에 관하여는 상고인이 제1심 이래 극력 항쟁하였다. 그런데 원심이 당해 관습에 관한 피상고인의 입증이 없음에도 불구하고, 쉽게 그 주장을 채용한 것은 위법하다.

살피건대, 조선에서 객주업자와 객과의 금전거래에 관하여 계산이 미제인 때에는, 이자를 붙이는 관습이 있음은 판례로서 본원이 판시하는 바이다. 또한, 평안남북도 지방에서 그러한 경우에 월 3푼의 이자를 붙이는 관습이 있음은 본원이 이를 인정한다. 그리고 법원이 당사자의 입증에 의하지 아니하고 관습의 존재를 인정할 수 있음은 두말할 필요가 없다. 그렇다면 원심이 본건을 객주업자와 객과의 금전거래상 계산완료에 속하는 것이라고 하고 “평안남북도 지방에서는 객주업자와 상인 간의 거래에 있어서의 채무의 이자는 특약이 없는 한은, 그 거래일로부터 쌍방의 채권에 월 3푼의 이자를 붙이고, 계산일에 이르러 이를 공제 계산하며 그 잔액은 다음의 계산의 원본으로 계상하는 관습이 있음은 현저한 사실이므로, 본소 거래에서도 달리 특약이 없는

이상은, 위 관습에 기하여 월 3푼의 이자를 붙이는 것이 상당하다고 인정하고…, 또한 위 계산종료 후라고 하여도 상기 거래로부터 발생하는 채무에 관하여는 위 이율에 의하여야 함은 물론이므로, 이 점에 관한 항소인의 항변은 채용하지 아니한다”고 판시한 것은 상당하므로, 이상의 각 논지는 모두 이유가 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결의 사실인정에 의하면, 피상고인의 본건 청구의 계산은, 1908년 음 정월 23일부터 같은 해 음 10월 26일까지는 위 이자의 범위 내에서 월 2푼 5리로 하고, 그 후 1910년 음 5월 3일까지는 이자를 월 2푼으로 감축하여 원리금을 계산하고, 이자에 관하여 특약을 한 사실이 없다고 한다. 그리고 원판결은 평안남북도에서의 관습을 인용하여 위 이율을 적법하다고 한다. 생각건대, 민사 상사의 거래에 관하여 재판상 관습을 채용할 수 있는 경우에는, 성문법이 없는 때이거나 성문법이 있어도 관습에 의할 수 있음을 법률이 용인한 때에 한한다. 만일 성문법이 존재하고 또한 당해 법률에서 관습의 효력이 용인되지 아니할 때에는, 성문법을 무시하여 관습에 의하여 재판할 수 없다. 그런데 본건 거래 당시의 성문법인 구한국 광무 10년 법률 제5호 이자규례(利息規例) 제2조에 이자에 관하여 당사자 간의 계약이 없을 때에는 원본액에 대하여 1년간 10분의 2로 정한다고 되어 있다. 그리고 당해 법률은 공공의 질서에 관한 강행법으로서, 이에 반하는 관습의 효력을 용인할 수 없음은 물론이다. 그렇다면 원판결이 당해 법률을 무시하여 당사자 간의 계약이 없음에도 불구하고, 법정률보다 높은 이율을 용인한 것은 명백히 위법하다.

살피건대, 상기 월 3푼의 관습은 구 이자규례(利息規例) 시행 이후에 같은 법 제1조가 규정하는 계약상의 이율의 제한을 초과하지 아니하는 범위 내에 속하므로, 이에 의거할 수 있고 당사자 간에 상기 관습에 의하여 계산을 완료한 사실이 있을 때에는, 처음부터 위 관습에 의거하여 계산할 의사로서 거래한 것으로 인정된다. 마치 명백히 그 관습에 의거하여 거래하는 계약을 한 것과 동일한 효과가 발생하게 되므로, 원판결에서 본건 당사자 간의 거래에 관하여 상기 관습에 의한 계산을 완료한 사실을 인정하고, 피상고인의 청구를 시인한 것은

위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

55 토지공유권확인청구에 관한 건 〔대정5년민상제288호 1916년 1월 4일 판결〕

【판결요지】

1. 민사소송법 제398조는 같은 법 제454조의 규정에 의하여 상고에 준용된다. 그리고 당사자가 선편(船便)을 잃어 지정의 기일에 출석할 수 없었던 것과 같은 경우에는, 위 제398조 단서의 소위 해태가 없는 경우에 해당하지 아니하므로, 이를 이유로 하여 상고를 제기하여도 허용되지 아니한다.

[참 조] 궐석(闕席)판결에 대하여는 기일을 해태한 자로부터 항소로 불복을 제기할 수 없다. 단, 이의가 허용되지 아니하는 궐석판결에 대하여는 해태가 없었음을 이유로 하는 때에 한하여 항소로 불복신청을 할 수 있다(민사소송법 제398조).

【제 1 심】 함흥지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 이응두
소송대리인 도진오
【피상고인】 이성학

위 당사자 간의 토지공유권확인 청구사건에 관하여 1915년 11월 18일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

본건 제2심판결의 기본인 구술변론기일은 1915년 11월 18일이다. 상고인은 위 기일에 출석할 마음으로 같은 달 15일 함흥군 서호진에서 정오 12시에 출항하는 전라호에 탑승하기 위하여, 같은 날 주소지에서 오전 10시에 당해 진에 도착하였는데, 당해 전라호는 출발시간 전에 이미 같은 항을 출발하였다. 위와 같은 사정으로 상고인은 선편을 얻을 수 없어 체류한 즉일 전보로 연기신청의 사유를 알리고 제출한바, 같은 법원에서는 이에 불구하고 상고인에 대하여 궐석판결의 선고를 한 것은, 부당한 것으로 사료되고, 따라서 제2심판결을 파기하여야 한다.

살피건대, 민사소송법 제398조 단서의 소위 해태가 없음을 이유로 할 때라는 것은, 당사자가 지정의 기일에 출석하여 변론을 하였음에도 불구하고 출석한 것이 아니라고 하거나, 변론기일에 적법한 소환이 없었음에도 불구하고 이를 있다고 하거나, 또는 기일에서 사건의 호명하지 아니하였음에도 불구하고 이를 한 것으로 하여 궐석판결을 선고한 것과 같은 경우를 지칭한다. 즉, 법원이 궐석판결을 하여서는 아니 되는 경우에 이를 한 것을 이유로 할 때를 말하고, 당사자가 중도에 선편(船便)을 잃어 지정의 기일에 출석하지 못한 것과 같은 경우에는, 같은 조의 소위 해태가 없었던 경우에 해당되지 아니한다. 그렇다면 상고인이 본건 구술변론기일인 1915년 11일 18일 오전 10시에 출석하기 위하여 같은 해 10월 15일 함흥군 서호진에 도착하고, 선편을 잃어 체류함으로써 당해 기일에 출석하지 못하자 즉일 전보로 연기신청을 한 사실은 상고인이 해태하지 아니하였다고 말할 수 없다. 그리고 상기 민사소송법 제398조는 같은 법 제454조의 규정에 의하여 상고심에 이를 준용하여야 하는 것이므로, 상고인이 상기 사실에 기하여 한 본건 상고는 타당하지 아니하고 허용되지 아니한다.

민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

56 토지소유권확인청구에 관한 건 〔대정4년민상제251호 1916년 1월 21일 판결〕

【판결요지】

1. 위토(位土)가 공유라는 것은 일문공동의 선조 제사용으로 제공하기 위하여 일문에 속하는 자에 한하여 공유하는 성질의 것이므로, 일문에 속하지 아니하는 자가 공유자의 1인으로부터 다른 공유자의 승낙 없이 그 단독소유라고 하여 매수한 경우에는, 그 매매계약은 전적으로 무효이다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원 인천지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 조덕일
소송대리인 신우영
【피상고인】 장영섭 외 3인

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건의 원상회복의 소에 관하여 1915년 2월 8일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 주문 제2항 이하를 파기한다.
본건 상고는 이를 기각한다.
항소 이후의 소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결에 의하면, 1913년 6월 중에 재심피고와 재심원고의 일족인 소외 장인섭 사이에 본건 부동산에 관하여 매매계약이 체결된 사실은, 당사자 간에 다툼이 없다. 또한, 위 매매계약에 기하여 1913년 12월 17일 본건 부동산에 관하여 군청으로부터 소유권이전증명을 받고, 그 후 1914년 4월 24일 다시 이를 소외 중식에게 매도한 사실은, 을 제4호증 및 같은 제6호증에 비추어 명백하다. 그리고 재심피고는 본소 청구에 대하여 본건 부동산은 재심원고 등 종중의 공유가 아니라, 상기 장인섭의 단독소유에 속하고 재심피고는 상기 매매계약에 의하여 완전히 소유권을 취득하였다는 취지로 다투었지만(중략), 본건 부동산은 재심원고 등의 일문의 공유위토에 속하고, 소외 장인섭은 그 일문으로서 공유권을 가짐에 불과하여, 독립하여 아무런 처분권한도 없음이 명백하므로, 상기 재심피고 및 장인섭 간의 매매는 무효이고, 아무런 소유권이전의 효과도 발생하지 않는다고 하였다. 그러나 장인섭은 피상고인 종중의 1인으로서 본건 계쟁토지의 공유자인 이상 장인섭의 지분권에 대하여 한 법률행위는 무효가 아님은 물론이다. 그런데 원판결은 장인섭과 상고인(재심피고) 사이의 매매는 무효라고 인정한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 상고인 주장의 본건 계쟁지는 피상고인 등의 종중의 공유가 아니고 장인섭의 단독소유에 속하며, 상고인은 장인섭으로부터 이를 매수하여 소유권을 취득하였다는 것이다. 이에 대하여 원심은 본건 계쟁지는 피상고인 등의 일문의 공유위토에 속하고, 장인섭은 그 일문에 속하는 자로서 공유권을 가짐에 불과함에도 불구하고, 동인은 함부로 자기 혼자의 단독소유라고 칭하여 상고인에게 매도하였다고 인정하였다. 그리고 위토가 공유라는 것은 일문공동의 선조 제사용으로 제공하기 위하여 일문에 속하는 자에 한하여 공유하는 성질이므로, 피상고인 등의 일문에 속하지 아니하는 상고인이 본건 계쟁지를 장인섭 1인의 단독소유라고 믿고, 다른 공유자의 승낙을 얻지 아니한 동인으로부터 매수한 매매계약은 전적으로 무효라고 하여야 한다. 그렇다면 원심이 “재심피고와 위 장인섭 사이의 매매는 무효이고 아무런 소유권

이전의 효과가 발생하지 아니한다"고 판정한 것은 상당하고, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건 부동산에 대하여 토지소유자신고를 장인섭의 단독 명의로 하고, 또한 동인의 단독 명의로 소유권보존증명을 얻은 사실은, 피상고인(재심원고) 등이 제1심에 제출한 소장 및 1913년 12월 10일 제1심 구술변론조서 및 을 제6호증에 의하여 명백하다. 그렇다면 피상고인 등은 본건 부동산에 관하여 장인섭의 단독 명의로 신고 및 보존증명을 얻었음은, 신탁행위가 아니면 허위행위에 해당된다고 하여야 할 것이다. 위와 같이 일단 장인섭의 명의로 한 이상은, 제3자인 상고인은 이를 장인섭으로부터 매수한 법률행위는 선의무과실로서, 피상고인 등은 신탁행위 또는 허위행위인지 여부에 불문하고, 제3자인 상고인(재심피고)에게 대항할 수 없는 것이 된다. 그런데 원심은 이 점에 관하여 아무런 판단을 하지 아니하고, 피상고인 등의 청구를 인용한 것은 이유불비의 위법한 판결이다.

살피건대, 본건 계쟁지의 소유자를 장인섭의 명의로 한 것은 다른 공유자와 장인섭과의 사이에 있어서의 신탁행위 또는 허위의 의사표시라는 항변은, 원심에서 상고인으로부터 제출되지 아니한 것이므로, 원심이 이 점에 대하여 판단을 하지 아니한 것은 원래 상당하고, 이유불비라고 말할 수 없으므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

본건 부동산은 1913년 10월 중 상고인이 소외 장인섭에 대하여 소유권이전증명절차이행청구의 소를 제기한 결과, 상고인은 승소의 판결을 받고 같은 확정판결에 의하여 장인섭은 소유권보존증명을 얻은 다음, 상고인이 매매에 의하여 소유권증명을 취득하였음은, 을 제4호증 및 같은 제6호증에 의하여 명료할 뿐만 아니라, 피상고인 등도 인정하는 바이다. 그렇다면 피상고인은 본건 부동산에 관하여 소유권이 있다고 주장하지만, 증명을 얻지 아니한 이상은, 조선민사령 제13조에 의하여 제3자에게 대항할 수 없다. 그리고 원판결은 본건 부동산은 여전히 재심원고 등의 소유에 속한다고 판단하고, 이 점에 관하여 아무런 설명을 하지 아니함은 이유불비의 위법한 판결이다.

살피건대, 원심은, 본건 계쟁지는 장씨 일문의 공유에 속하는 위토로서, 장인섭의 단독소유가 아님에도 불구하고, 동인은 함부로 이를 자신의 단독소유라고 하고 상고인에게 매도한 사실을 인정하였으므로, 상고인은 그 소유권을 주장함에 관하여 정당한 이익을 갖는 자에 해당되지 아니함은 명백하다. 그렇다면 가령 장인섭이 자신의 단독소유라고 하여 보존증명을 받고, 또한 장인섭과 상고인 간의 매매에 관하여 증명을 거친 사실이 있고, 이에 반하여 피상고인은 본건 계쟁지에 관한 소유권의 보존증명을 거치지 아니한 사실이 있어도, 피상고인은 그 소유권으로 상고인에게 대항할 수 있음은 물론일 뿐만 아니라, 상고인은 원심에서 상고논지와 같은 항변을 제출하지 아니하였으므로, 원심이 이 점에 대하여 설명을 하지 아니한 것은 당연하고 이유불비가 아니다. 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

본건 부동산은 상고인(재심피고)로부터 1914년 4월 24일 소외 조중식에게 매도되고, 동인이 1914년 6월 30일 매매에 의하여 소유권증명을 취득한 것은, 피상고인 등이 다투지 아니하는 을 제6호증에 의하여 명료하다. 그렇다면 본건 부동산의 소유권이전과 관련하여, 상고인이 실제로 점유하지 아니하는 것이라면 피상고인 등이 소유권이 없는 상고인에 대하여 토지소유권확인, 인도 및 증명말소의 절차이행의 청구를 하는 것은 사실상 불능이므로, 이 점과 관련하여 피상고인 등의 청구를 배척하는 것은 법리상 당연하다. 그런데 원판결은, 재심피고는 위 매매계약에 기하여 1913년 12월 17일 본건 부동산에 관하여 군청으로부터 소유권이전증명을 받고, 그 후 1914년 4월 24일 다시 이를 소외 조중식에게 매도한 사실은, 을 제4호증 및 같은 제6호증에 비추어 명백하다고 하여 그 전전매매된 사실을 인정한 다음, 재심피고대리인은 앞서 재심피고가 위 장인섭에 대하여 상기 매매계약에 기하여 증명절차청구의 소를 제기하여 재심피고의 승소 판결이 확정된 사실을 주장하면서 이를 본소 청구의 배척의 이유로 하였지만, 당해 판결의 기속력이 본건 당사자에게 미치지 아니함은 두말할 필요가 없으므로 당해 판결의 존재는 본건 청구에 아무런 영향도 미칠 수 없다고 하고, 재심피고대리인은 다시, 본건 부동산은 1913년 음 6월 중 소외 조

중식에게 매도하여 재심피고는 이를 실제로 점유하지 아니하므로 본소 청구에 응할 수 없다는 항변을 하였는데, 재심피고는 원래 목적물의 멸실을 주장한 것이 아니고 매수인 조중식의 승낙을 얻어 그 점유를 회복할 길을 강구할 수도 있다고 설시하고 있다. 그러나 본건 부동산은 상고인이 실제로 점유하지 아니하므로 직접 이행할 수 없음은 두말할 필요가 없고, 따라서 상고인 및 피상고인 간의 판결의 기속력을 제3자인 조중식에게 미치게 할 수 없음은 물론이다. 그렇다면 원판결이 제3자가 하여야 할 행위를 상고인에게 하는 함은 사실에 반하는 위법한 판결이다.

살피건대, 본건 계쟁지는 상고인이 장인섭으로부터 매수한 후, 1914년 4월 24일 다시 이를 소외 조중식에게 매도하고 실제로 상고인이 이를 점유하지 아니함은, 원심에서 확정한 사실이다. 그리고 물권에 관한 확인의 청구는 상대방이 확인청구의 목적인 권리와 상충하지 아니한 권리를 주장하는 경우에, 즉시 그 권리관계를 확정함에 있어서 법률상의 이익을 갖는 것이 아니라면, 이를 허용할 수 없음은 본원 판례(대정2년민상제111호판결)가 판시하는 바이므로, 본건 상고인이 이미 계쟁지를 타인에게 매도하여 소유권을 갖지 아니하는 이상은, 더 이상 상고인은 피상고인의 권리와 상충하는 권리를 주장하는 것이 아니므로, 상고인에 대한 본건 확인의 청구는 즉시 그 권리관계를 확정함에 있어 법률상 이익을 갖지 아니하고, 그 청구는 이를 인용하여서는 아니 된다. 또한, 피상고인이 본건 청구의 원인으로서 주장하는 사실은, 계쟁지는 피상고인 등 일문의 공유임에도 소외 장인섭이 함부로 상고인에게 매도하였다는 것이다. 즉, 본건 청구는 피상고인과 상고인 간의 채권관계에 기한 것이 아니라, 피상고인의 소유권을 기본으로 하여 청구한 것임은 명백하다. 그리고 물건인도의 청구는 채권에 기한 경우에는 별도로 하고, 단지 소유권에만 기한 경우에는 현실로 물건을 점유하지 아니한 자에 대하여 이를 하는 것은 부당하다고 말하여야 한다. 이에 더하여 본건 계쟁지에 대한 인도의 청구는 피상고인이 제2심에 이르러 처음으로 이를 한 것으로, 이와 같은 청구는 새로운 것을 청구하는 것으로서, 이 점에 의해 논하여도 위 청구는 이를 허용하여서는 아니된다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 계쟁지에 대한 확인 및 인도의 청구가 부당한 이상은, 이에 따른 상고인이 계쟁지에 대하여 얻은 소유권이전증명말소의 절차에 관한 청구도 역시 부당하고, 원판결은 파기를 면하지 못한다. 본 논지는 이유가 있다. 따라서 피상고인의 청구를 기각한 제1심판결은 상당하고, 항소는 이유가 없다. 따라서 민사소송법 제447조 제1항, 제451조, 제78조 제1항, 제72조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

57 토지소유권확인청구에 관한 건
〔대정5년민상제280, 281호 1916년 1월 25일 판결〕

【판결요지】

1. 채권담보의 목적으로 한 신탁적 매매는 제3자에 대한 외부관계에서는, 소유권은 채권자에게 이전되지만, 당사자 간의 내부관계에서는 소유권이전의 효력이 발생하지 아니하고, 단지 채권자는 변제기에 이르러 변제를 받지 아니할 때에, 그 담보물건을 처분할 수 있음에 그치고, 소유권은 여전히 채무자에게 존재한다.

1. 전술한 경우에 있어서, 채권자는 외부관계에 있어서 소유자로서 처분할 수 있는 상태에 있으므로 채무자가 채무의 변제를 하지 아니하는 한은, 채권자에 대하여 소유권을 확인시켜도 채권자의 처분을 막을 수 없다면, 채무자의 소유권의 확인청구는 즉시로 확정하여야 하는 법률상의 이익이 없으므로, 그 청구는 배척되어야 한다.

【제 1 심】 광주지방법원 순천지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 목랑수수(目良秀壽, 메라)
소송대리인 안주시태랑(安住時大郎, 아즈미)

【피상고인】 정억수
피상고인 겸 소송대리인 정병규

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건에 관하여 1915년 10월 6일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결에는 을 제1호증의 1에 표시된 본건 토지의 매매계약에 관하여, 먼저 피상고인(항소인)측의 의사가 담보의 목적에 의한 매매임을 인정하고, 다음으로 상고인(피항소인)도 역시 담보의 목적으로 한 매매로서 단순한 매매의 의사가 아님을 인정하였으며, 마지막으로 당사자 간에 있어서의 본건 계쟁 답(畓)에 관한 계약은 모두 단순 매매가 아니라 채권담보의 목적으로 이루어진 매매계약, 환언하면 신탁적 매매임을 인정하였다. 과연 그렇다면 당사자의 의사는 담보의 목적으로 일단 소유권을 채권자인 상고인에게 이전하여 두고, 후일 채무변제시에 이르러 다시 소유권을 피상고인 등이 회복한다는 것이다. 따라서 피상고인 등이 채무의 변제를 하지 아니하는 사이에는 소유권은 상고인에게 있고 상고인은 단지 그 처분이 제한되며, 피상고인 등이 후일 채무의 변제를 한 때에는 소유권을 피상고인에게 복귀시키는 특정의무를 부담함에 그치는 것이다. 만일 원판결의 취지와 같이 이러한 계약에서 소유권은 여전히 채무자에게 속한다고 한다면, 채무자는 언제라도 목적물건을 타인에게 전매할 수 있으므로, 조금도 담보의 실효를 거둘 수 없어 명백히 당사자의 의사에 반한다. 또한, 신탁적 매매도 일종의 매매이므로 소유권이전의 효과를 포함함은 물론이고, 전적으로 무효인 허위의 매매와 이를 혼동할 수 없다. 원판결에서도 본계약 “당사자 간의 내부관계에 있어서는 채권담보의 범위를 초월하는 효력이

없다"고 말하는 이면에 있어서, 채권담보의 범위 내에서 일종의 효력을 인정하고 있고, 그 효력은 말하자면 채무를 변제하기까지는 소유권을 상고인에게 이전하여 둔다는 것이다. 그런데 그 다음에 "소유권은 여전히 항소인에게 귀속함은 조금도 의심할 여지가 없다"고 말하는 것은 자가당착임을 면할 수 없다. 요컨대, 원판결에서 피상고인 등이 그 채무를 변제하였는지의 여부의 사실을 먼저 정하지 아니하고, 선불리 본건 계쟁지의 소유권은 여전히 피상고인 등에게 속한다고 판단한 것은, 계약의 효력을 무시한 위법이 있음과 동시에, 재판에 이유를 구비하지 아니한 위법이 있다.

살피건대, 원판결은 피상고인 등의 진술 및 그 밖의 제반의 증거에 의하여, 당사자가 본건 계쟁 지번에 관한 계약을 함에 있어서, 피상고인 등의 의사는 담보의 목적에 의한 매매를 함에 있었다는 점 및 상고인의 의사도 역시 담보를 위하여 한 매매를 한 것에 있고, 단순한 매매를 할 의사가 아님을 인정하고, 이에 의하여 위 계약은 매매가 아니라 채권담보의 목적으로 한 매매계약 환언하면 신탁적 매매계약이라고 인정한 것이다. 그리고 채권담보의 목적으로 한 신탁매매에 있어서는, 제3자에 대한 외부관계에서는 매매계약의 효력이 발생하고, 소유권은 채권자에게 이전한다고 하여도, 당사자 간의 내부관계에 있어서는 그 권리이전의 효력에 제한을 가하며, 소유권이전의 효력이 발생하지 아니하여, 채권자는 변제기한에 이르러 채권의 변제를 받지 아니하는 때에 담보물건을 처분할 수 있음에 그치고, 소유권은 여전히 채무자에게 존재하게 되므로, 신탁매매에 있어서는 그 계약의 효과로서 소유권은 내부관계에서도 채권자에게 인정된다고 하는 본 논지 전단은 이유가 없다. 그러나 채무자에게 있어서 채권자가 그 소유권을 다투는 이유로서 이에 대하여 소유권의 확인을 구하여도, 신탁매매에 있어서는 전술한 것과 같이 채권자에게 외부관계에 있어서는 소유자로서 임의로 이를 처분할 수 있는 상태에 있다면, 채무자가 그 채무의 변제를 하지 아니하는 이상은, 채권자에 대하여 그 소유권을 확인한다고 하여도 채권자의 처분을 막을 수 없으므로, 그 소유권의 확인소송은 즉시 확정하여야 할 아무런 법률상의 이익이 없고, 이와 같이 확인의 청구는 이를 배척할 수밖에 없다. 그런데 원판결에 의하면, 단지 당사자 간

의 본건 계쟁 답에 관한 계약은, 담보의 목적으로 한 신탁매매로서 상고인이 이를 다투는 점 및 피상고인 등이 본건 계쟁 답을 점유하지 아니한 점을 인정하고, 신탁매매에 있어서는 당사자 간의 내부관계에 있어서 소유권은 채무자인 피상고인 등에게 존재한다는 이유에 의하여, 바로 본건 피상고인 등의 소유권확인의 청구를 인용하였지만, 피상고인 등이 상고인에 대한 채무를 변제하였는지의 여부의 사실을 확정하지 아니하였으므로, 본건 피상고인의 청구가 과연 즉시로 확정하여야 하는 법률상의 이익이 있는지의 여부를 판단할 수 없고, 원판결은 이유불비의 불법이 있으므로 본 논지는 이유가 있으며 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건은 전술한 것과 같이 피상고인 등이 이미 그 채무를 변제하였는지의 여부의 사실을 확인하지 아니하였으므로, 본건의 당부를 판단할 수 없고, 다시 이 점에 관하여 변론 및 재판을 하게하기 위하여 본건을 원법원에 환송함이 상당하다. 민사소송법 제447조 제1항, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

58 토지대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제289호 1916년 2월 15일 판결〕

【판결요지】

1. 당사자 쌍방이 구술변론기일에 출석하기로 하는 수서(受書)를 제출한 때에는, 조선민사령 제26조에 의하여 당해 기일은 당사자 쌍방에 대하여 적법한 소환이 있는 것과 동일한 효력이 발생한다(상고이유 제1점).

[참 조] 소송관계인이 재판장이 정한 기일에 출석하기로 하는 취지를 기재한 서면을 제출한 때에는, 기일소환을 한 것과 동일한 효력이 발생한다(조선민사령 제26조).

1. 조선민사령 제398조 단서의 규정은, 같은 법 제263조에 의한

신궐석판결 및 조선민사령 제35조에 의한 재도(再度)의 궐석판결과 마찬가지로, 이의가 허용되지 아니하는 궐석판결 그 자체가 당사자의 해태에 기하지 아니하고 선고된 경우에 한하여, 이를 이유로 하여 항소로 불복을 신청할 수 있음을 허용한 법의라고 해석하여야 한다(상고이유 제3점, 제4점).

[참 조] 궐석판결에 대하여는 기일을 해태한 자가 항소로 불복을 신청할 수 없다. 단, 이의가 허용되지 아니하는 궐석판결에 대하여는 해태가 없음을 이유로 하는 때에 한하여, 항소로 불복을 신청할 수 있다(민사소송법 제398조).

이의를 신청한 원고 또는 피고가 구술변론기일 또는 변론연기의 기일에 출석하지 아니한 때에는, 제252조 및 제254조에 규정된 경우를 제외하고, 출석한 상대방의 신청에 의하여 이의를 기각하는 신궐석판결을 선고한다(민사소송법 제263조).

재도(再度)의 궐석판결에 대하여는 이의를 신청할 수 없다(조선민사령 제35조).

【제 1 심】 함흥지방법원 청진지청

【제 2 심】 경성복심법원

【상고인】 하읍영조(下邑榮造, 시다무라)

소송대리인 가고정태랑(加古貞大郞, 가꼬)

【피상고인】 김기덕

위 당사자 간의 토지대금 청구사건에 관하여 1915년 9월 2일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

제1심판결 이유의 전단에는, 피고는 1915년 7월 2일 오전 9시의 구술변론기일에 적법한 소환을 받고서 출석하지 않았다고 하였는데, 일건 기록을 조사하면, 피고(항소인)가 전(前) 궐석판결에 대하여 이의를 신청한 후, 1915년 6월 16일 오전 9시로 구술변론기일이 지정되고, 다시 같은 해 7월 2일 오전 9시로 구술변론기일이 지정되었지만, 위 6월 16일에는 기일의 개시가 없었고, 게다가 연기되었는지 취소되었는지 이를 확지할 수 없다. 따라서 당해 기일은 여전히 그 효력이 존속한다고 말하여야 하고, 이에 2개의 구술변론기일이 병존하는 결과가 발생하였다. 이와 같은 것은 당사자로 하여금 어느 것을 따라야 하는지 알기 힘든 것이고, 결국 기일의 지정이 없다고 하여야 한다. 따라서 항소인(상고인)이 7월 2일 오전 9시의 구술변론기일에 출석하지 아니하여도, 기일을 해태한 것이라고 말할 수 없다.

살피건대, 본건 기록을 조사하면, 피고인 상고인은 제1심에서 1915년 5월 17일 오전 11시의 구술변론에 출석하지 아니하였고, 상고인 패소의 궐석판결을 받았다. 이에 대하여 법정의 기간 내에 이의의 신청을 함으로써 제1심법원은 다시 구술변론기일을 같은 해 6월 16일 오전 9시로 지정하여, 상고인으로부터 수서(受書)를 받고, 피상고인의 대리인에 대하여는 적법한 송달을 하였지만, 같은 기일에는 기일의 개시가 없었고 다시 같은 해 7월 2일 오전 9시로 구술변론기일이 지정되었으며, 당사자 쌍방으로부터 구술변론기일로 지정된 당해 기일에 출석하기로 하는 취지의 수서를 받았음에도, 상고인은 다시 당해 기일을 해태하였으므로, 제1심법원은 피상고인의 신청에 기하여 이의기각의 신궐석판결을 한 것이 명백하다. 상기 이의신청 후에 지정된 6월 16일 오전 9시의 구술변론기일은 그 기일의 개시가 없었고, 같은 7월 2일 오전 9시로 변경되었다고 인정할 수 있으므로, 소론과 같이 2개 기일이 병존하는 결과가 발생하지 아니함은 물론, 당사자 쌍방이 전술한 것과 같이 같은 7월 2일 오전 9시의 구술변론기일에 출석하기로 하는 수서를 제출한 이상은, 그 기일의 지정에 이의가 없다고 인정됨과 동시에, 조선민사령 제26조에 의하여 당해 기일은 당사자 쌍방에 대하여 적법한 소환이 있는 것과 동일한 효력이 발생하는 것이므로, 당해 기

일의 지정 및 기일 소환 모두 문제될 바가 없다. 따라서 당해 기일을 해태한 상고인에 대하여 제1심법원이 신궐석판결을 선고한 것은 상당하고, 아무런 위법한 점이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

가령 원심에서 1915년 7월 2일 오전 9시의 구술변론기일의 지정은 적법하지만, 당해 기일은 개시되지 아니한 것이라고 말하여야 한다. 왜냐하면, 원심 구술변론조서에 의하면, 1915년 7월 2일에는 오전 9시에 기일을 개시하지 아니하고, 오전 11시에 이르러 기일을 개시하였음이 명백하므로, 적법하게 지정된 기일은 개시되지 아니하고, 적법하게 지정되지 아니한 기일의 개시가 있었다고 말하여야 하기 때문이다. 따라서 항소인이 이러한 기일에 출석하지 아니하였다고 하여 해태가 있다고 말할 수 없다.

살피건대, 제1심법원에서 1915년 7월 2일 오전 9시로 정한 구술변론기일의 지정 및 기일소환이 적법함은, 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같다. 그리고 법원이 일정한 일시로 구술변론기일을 지정한 때에는, 원래 법원은 그 지정시각 이전에 기일을 개시할 수 없다고 하여도, 집무상의 형편 또는 당사자의 요청에 의하여 당해 기일 내에 지정시각을 늦추어 기일을 개시하는 것은 위법하지 아니하므로, 법원이 지정시각을 늦추어 기일을 개시하였다고 이로써 지정기일의 개시가 없고, 지정되지 아니한 기일의 개시가 있다고 말할 수 없으므로, 이와 같은 경우에 그 개시된 시각에 출석하지 아니하면 해태의 책임을 면할 수 없다. 따라서 제1심법원이 소론과 같이 구술변론기일을 1915년 7월 2일 오전 9시로 지정하고, 같은 날 오전 11시에 이르러 비로소 기일을 개시하여도, 상고인이 당해 기일에 출석하지 아니한 이상은, 상고인에게 해태가 있다고 하고 신궐석판결을 선고한 것은 상당하고, 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

제1심에서의 소송절차는, 민사소송의 진행에 관한 원칙에 위배되는 불법이 있다. (1) 본건 기록을 본다면, 그 제24쪽은 기일변경결정이라고 제명하고, 1915년 3월 17일 오전 10시의 구술변론은 원고의 신청에 의하여 이를 변경하며(중략), 위 구술변론기일을 다시 1915년 3월 24

일 오전 10시로 지정한다고 되어 있다. 그리고 이 구술변론기일에 관하여는 당사자 쌍방에 대한 기일소환장의 송달증서 및 조선민사령 제24조, 제26조에 의한 청서(請書) 등이 없다. (2) 일건 기록 제26쪽은 본건 피상고인(원고) 소송대리인이 제출한 기일변경신청서로서, 같은 제27쪽은 기일변경결정이다. 그리고 이 양자로부터 추측하면, 1915년 4월 5일 오전 10시의 구술변론기일이 지정된 것과 같다고 하여도, 위 "1915년 4월 5일 오전 10시"의 구술변론기일에 대하여는, 상기 1915년 3월 24일 오전 10시의 구술변론기일과 같이 당사자 쌍방에 대한 기일소환장의 송달증서 및 조선민사령 제24조, 제26조에 의한 청서(請書)가 없다. 제1의 1915년 3월 24일 오전 10시의 구술변론기일이 지정된 것은 기일변경결정(제24쪽)에 의하여 명백하지만, 당사자 쌍방 모두 전혀 모르는 바이다. 제2의 1915년 4월 5일 오전 10시의 구술변론기일에 관하여는 기일변경신청서(제26쪽) 및 기일변경결정(제27쪽)에 의하여 추측할 수 있을 뿐이고, 그 기일을 지정하는 일건 기록 중 이를 밝히는 것이 아무 것도 없다. 더 나아가 당사자가 이를 충분히 알고 있었다는 증좌가 없음은 물론이다. 원래 소송진행 순서상 제1회의 구술변론기일로부터 최후의 결심에 이르기까지의 사이에는, 반드시 전후 연계하고 수미관통하여 단절되어서는 아니됨은 두말할 필요가 없다. 그리고 본건에서의 1915년 3월 24일 오전 10시 및 같은 해 4월 5일 오전 10시의 양기일에 관하여는, 전자는 그 지정된 것임은 명백하지만, 당사자 쌍방 아무것도 알지 못하고, 후자는 그 지정마저 일건 기록 중 이를 밝혀주는 기재가 전혀 없다. 그리고 3월 24일(이하 오전 10시를 생략한다) 및 4월 5일의 양 기일의 관계는 전혀 불명이다. 원래 기일의 지정은 재판장의 지정행위만에 의하여 완결되는 것은 아니고, 관계 소송당사자에 대한 통지 또는 당사자가 충분히 알게 됨으로써(그 증명 방식은 송달증서에 의하거나 청서에 의하여) 비로소 완료되는 것이다. 과연 그렇다면 상기의 기일지정인 행위의 효과가 없다면, 3월 24일의 기일은 4월 5일로 변경된 것이 아니다. 또한, 4월 5일의 기일이 지정된 것이 아니라면, 본건 소송행위는 이에 그 진행이 단절된 것이다. 이것은 민사소송의 진행에 관한 원칙에 위반되는 불법으로, 원심이 직권조사에 속하는 사항임에도 불구하고 만연히 간과하여 상고인(항소인)의

항소를 기각한 것은, 심히 위법한 것이라고 믿는다.

또한, 추가상고이유 제4점은 다음과 같다.

제1심에서의 궐석판결은, 민사소송법 제236조의 규정에 위반되는 불법이 있다. 제1심법원은 대정3년민제67호의 판결정본에서, 1915년 5월 17일 오전 10시(조서 및 판결서에는 오전 11시로 되어 있다)의 구술변론기일에 원고(피상고인)는 출석하고 사실상의 주장을 하였으며, 갑 제1호증 내지 제3호증을 제출하고, 증인환문을 구함과 아울러 피고에 대하여 궐석판결의 선고가 내려질 것을 구한다고 신청한 것으로 되어 있지만, 상기 제3점에서 말하는 것과 같이 제1심에서의 본건 소송은 중간에 그 진행이 단절되었으므로, 1915년 3월 24일 및 같은 해 4월 5일을 중심점으로 하여, 그 이전에 있어서의 모든 소송행위는 그 이후에 있어서 전적으로 갱신되어야 함에도 불구하고 일건 기록 중 아무런 기재가 없으므로, 전술 궐석판결 중의 1915년 5월 17일 오전 10시의 구술변론기일에는 원고(피상고인)의 사실상의 진술, 증서의 제출 등은 전혀 없었던 것이 된다. 따라서 위 궐석판결은 민사소송법 제236조의 규정에 위반되는 불법이 있다. 그리고 이것 또한 원심의 직권조사사항임에도 불구하고 만연히 간과하여 상고인(항소인)의 항소를 기각한 것은, 심히 위법한 것이다.

살피건대, 민사소송법 제398조 궐석판결에 대하여는 기일을 해태한 자는 항소로 불복을 신청할 수 없고, 단지 이의가 허용되지 아니하는 궐석판결에 대하여는 해태가 없음을 이유로 할 때에 한하여, 항소로 불복을 신청할 수 있다는 규정은, 같은 법 제263조에 의하여 신궐석판결 및 조선민사령 제35조에 의한 재도(再度)의 궐석판결과 마찬가지로, 이의가 허용되지 아니하는 궐석판결 그 자체가 당사자의 해태에 기하지 아니하고 선고된 경우에 한하여, 이를 이유로 하여 항소로 불복을 신청하는 것을 허용한 법의라고 해석하여야 한다. 따라서 그 이전의 궐석판결이 가령 당사자의 해태에 기하지 아니하고 선고되었다고 하지만, 이를 이유로 하여 항소를 할 수 없다. 그러므로 본건과 같이 신궐석판결에 대한 항소의 적부가 민사소송법 제398조의 요건을 구비하는지의 여부에 관계된 안건에 있어서는, 그 이전의 궐석판결이 당사자의 해태에 기하지 아니하고 선고되었다는 것을 상고의 이유로

할 수 없다. 그런데 본 논지는 상고인에 대하여 제1회의 궐석판결이 내려진 1915년 5월 17일 이전의 기일 중 같은 해 3월 24일 오전 10시의 기일은, 기일의 지정 또는 그 송달에 불법이 있다고 하여, 소송행위는 이에 의하여 단절되고 그 이후 적법하게 정하여진 기일에서 소송절차를 갱신하여야 함에도, 제1심법원은 그 후 1915년 5월 17일 오전 11시의 구술변론에서 원고인 피상고인의 사실의 진술, 증거의 제출 없이 소송절차의 갱신을 하지 아니하고 상고인에 대하여 궐석판결을 선고한 것은 불법이고, 이를 간과한 원판결도 역시 위법임을 면할 수 없다고 하는 것에 귀착되고, 제1심법원이 본건 신궐석판결 전에 선고한 궐석판결은 궐석판결을 할 수 없음에도 한 불법이 있음을 이유로 하는 것이므로, 본 논지는 상고의 이유가 되지 아니할 뿐만 아니라, 제1심법원에서의 1915년 3월 24일 오전 10시 및 같은 해 4월 5일 오전 10시의 각 구술변론기일의 지정 또는 그 송달에 소론과 같은 위법이 있다고 하지만, 그 이전 적법하게 개시된 기일에서 이루어진 당사자의 소송행위는 그 후에도 당연히 그 효력을 갖는 것이고, 민사소송법상 그 중간의 기일의 지정 또는 송달에 위법의 점이 있을 때에는 소송절차의 단절을 초래하고 적법하게 정하여진 그 후의 기일에서 소송행위를 갱신하여야 함을 명하는 규정이 없으므로, 그 후의 기일에 출석하는 당사자의 일방은 기일을 해태한 상대방에 대하여 바로 궐석판결을 구하는 신청을 할 수 있다. 본건 기록에 비추어보면 명백하듯이, 피상고인은 1915년 2월 15일 오전 10시의 구술변론기일에 출석하고, 소장에 기하여 일정한 신청 및 사실의 진술을 하였으며, 그 후 같은 해 5월 17일 오전 11시의 구술변론기일에 피상고인이 출석하여, 상고인이 궐석하였으므로 피상고인은 다시 신청 및 사실관계의 진술을 하지 아니하고, 바로 상고인에 대하여 궐석판결을 구하는 신청을 한 것이므로, 제1심법원이 그 신청에 기하여 상고인 패소의 궐석판결을 한 것은 상당하고, 아무런 위법한 점이 없다. 따라서 본 논지는 모두 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

59 약속어음금청구에 관한 건
〔대정4년민상제284호 1916년 2월 29일 판결〕

【판결요지】

1. 대리인이 권한에 기하여 본인 명의로 어음의 발행행위를 하였을 때에는, 그 어음은 본인발행의 어음으로서 본인은 그 어음상의 책임을 부담한다.

1. 대리인이 본인 명의로 발행한 어음에서 자신을 수취인으로 하였을 때에는, 민법 제108조에 의하여 직접 대항할 수 있는 사유로서 본인은 대리인에 대하여 그 어음의 무효를 주장할 수 있지만, 그 이외의 제3자인 어음소지인에 대하여 무효를 주장할 수 없다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 서도봉이랑(西島峯二郎, 니시지마)
소송대리인 중촌시장(中村時章, 나까무라) 외 1인
【피상고인】 아천중랑(阿川重郎, 아가와)
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1915년 10월 26일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 경성복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다. 원판결은 본건 약속어음의 발행인인 피상고인의 서명날인은 소외 웅곡소차랑(熊谷小次郞, 쿠마가이)이 피상고인에게 고용되어, 피상고인으로부터 금전출납어음 발행 등에 관한 광범위한 대리권한을 수여받고, 이러한 사항에 사용하기 위하여 미리 피상고인의 인장을 보관하고 있었으며, 계쟁의 약속어음은 위 권한 내에서 피상고인의 명의를 사용하여 발행하였다는 사실을 인정하였다. 그리고 이와 같은 관계에서 발행된 본건 어음에 관하여, 원판결은 이를 대리발행에 의한 것이라고 해석하고, 민법 제108조의 규정을 인용하여 발행이 무효라고 단정한 것이다. 웅곡소차랑(熊谷小次郞, 쿠마가이)이 피상고인으로부터 수여받은 광범위한 대리권 중에는 여러 가지의 사항을 포함하고, 또한 이를 처리하기 위하여는 여러 가지 형식을 취할 수도 있으며, 인장을 맡은 점에서 본다면 피상고인의 이름으로 증서의 작성을 하게 하고, 그 문언의 취지에 따라 피상고인이 채무를 부담하는 것도 승낙한 것이라고 볼 수 있다. 그리고 이와 같이 대리인의 이름으로 하지 아니하고 피상고인의 이름으로 이루어진 행위에 있어서는 피상고인의 자서에 대신하여 기명하고 대서한 경우에 해당하고 본인의 자서에 대신하여 타인이 기명을 한 경우와 본인의 위임에 기하여 타인이 그 이름으로 기재한 경우를 법률적으로 관찰할 때에는, 전자는 본인 자신의 법률행위이고 후자는 즉 대리인에 의한 행위에 해당한다. 원판결은, 상법 제436조는 대리인에 의한 어음행위의 방식을 한정하는 취지를 포함하지 아니함은 그 문리해석상 매우 명백하다고 하고, 또 어음법상 대리인에 의한 어음행위에 관한 방식을 한정하는 규정은 존재하지 않는다고 하지만 상법 제436조는 대리발행에 관하여 본인을 위하여 한다는 것을 기재할 것을 요구하고, 대리인이 그 서명날인을 하는 경우임을 명시하게 하여 본조의 해석으로서는 본인을 위하여 한다는 것을 기재함에 있어서는 반드시 그 성명을 기재하게 하는 것은 아니라도 상호 기타의 방법으로 본인을 위한다는 것을 알 수 있으면 족하지만 적어도 본조는 본인의 이름으로 발행하지 아니하고 대리인의 이름으로 한 어음행위에 관한 규정임과 동시에, 대리인의 이름으로 하지 아니하고 본인의 서명날인으로 하는 어음행위의 경우를 규정하는 것이 아니다. 그리고 어음법상 대리인에

의한 어음행위의 방식을 한정한 규정이 없다고 하지만, 본조 역시 대리발행의 규정으로, 1900년 법률 제17호는 어음법 서명을 자서의 의미가 아니라는 취지를 규정한 것으로 본인의 서명 대리인의 서명 등 모두 그 이름의 기재가 자서가 아니라도 기명이 있음으로 충분하다고 말하는 것이며, 대리인의 이름으로 하지 아니하고 본인의 이름으로 하여도, 역시 대리발행이라는 의미를 포함하지 아니함은 명백하다. 따라서 웅곡소차랑(熊谷小次郎, 쿠마가이)이 전체를 포괄하는 대리권으로 본건 어음을 발행하였다면 본인대리 웅곡(熊谷, 쿠마가이)의 이름으로 법률상 소위 대리발행을 한 것이든, 본인의 수족이 되어 대필을 하고 본인을 위하여 기명하고 날인하여 본인 발행과 동일한 효과를 발생시킨 것 모두 위탁의 범위에 있다고 해석함이 상당하고 본건의 피상고인의 발행행위는 대리인에 관한 법률을 적용하여야 하는 경우가 아니라고 해석함이 정당하다. 그렇다면 즉 원판결은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다.

살피건대, 어음행위는 요식행위로서 어음에 서명 또는 기명날인한 때에는, 그 본인이 어음상의 책임을 져야 함은 물론, 대리인이 위임에 기하여 본인의 명의로 발행한 어음도 역시 본인이 그 책임을 져야 하는 것으로 대리인이 위임에 기하여 어음을 발행한 경우에 대리인이 그 어음에 서명 또는 기명날인하였을 뿐, 본인을 위하여 한다는 것을 기재하지 아니한 때에는, 본인이 어음상의 책임을 지지 아니함은 상법 제436조가 규정하는 바이지만, 같은 조의 규정은 대리인이 위임에 기하여 본인 명의로 하는 어음발행을 금지하는 취지를 포함하지 아니하고, 또한 달리 이와 같은 행위를 금지하는 규정이 존재하지 아니하므로, 대리인은 본인 명의로 어음발행을 할 수 있고, 그 어음은 본인 명의로 하는 어음발행의 권한을 부여한 본인이 어음상의 책임을 지어야 한다. 왜냐하면, 어음은 엄격한 형식증권으로서 어음상의 책임은 어음면의 기재에 의하여 이를 결정하는 것이므로, 어음상 대리관계가 나타나지 아니한 상기 본인 명의의 어음은 대리인에 의하여 발행되지 아니한 것이라고 하여도, 만일 본인의 기명날인으로 그 본인의 승낙에 기하여 권한 있는 자에 의하여 이루어진 이상은, 제3자 관계에 있어서는 본인 발행의 어음으로서 본인이 그 어음상의 책임을 지어야 함은

당연하기 때문이다. 그리고 대리인이 그 위임에 기하여 본인 명의로 발행한 어음에 있어서 자신을 수취인으로 한 경우에는, 민법 제108조의 적용상 본인은 대리인에 대하여 무효를 주장할 수 있다고 하여도, 이것은 단지 본인과 대리인과의 사이에 있어서의 대항사유에 불과하고, 그 이외의 제3자인 어음소지인에 대항할 수 없다. 본건 어음이 피상고인의 대리인 웅곡소차랑(熊谷小次郎, 쿠마가이)이 그 위임권한에 기하여 본인의 기명날인으로 발행하고, 자신을 수취인으로 하여 상고인에게 배서양도한 것은 원판결이 확정한 사실로서, 당해 확정사실에 의하면, 대리인에 의하여 발행된 어음임이 명백하다고 하여도, 그와 같은 어음은 제3자관계에서는 본인 발행의 어음으로서 본인이 그 어음상의 책임을 져야 하므로, 직접 대항할 수 있는 당사자인 수취인 이외의 소지인에 대하여 민법 제108조를 인용하여 그 어음을 무효라고 하여 대항할 수 없음에도 불구하고, 원판결이 같은 법조를 인용하여 수취인 이외의 소지인인 상고인에 대하여도 무효의 어음이라고 하여, 상고인의 청구를 배척한 것은 위법하고 논지는 이유가 있다. 그리고 본건의 어음이 만기일에 제시된 사실은 원판결이 확정하지 아니한 바이고, 이자청구의 기산일에 관하여 사실의 확정이 없으므로, 원판결을 파기하고 다시 변론 및 판결을 하게 하기 위하여 사건을 원법원에 환송함이 상당하므로, 민사소송법 제447조 제1항 및 제448조 제1항에 의하여, 또한 본판결은 대정2년민상제25호 약속어음금 청구사건{같은 해(1913년) 선고}의 당원 판결의 취지와 의견을 달리하므로 조선총독부 재판소령 제4조 제3항의 규정에 의하여 연합심판의 절차를 거쳐 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

60 손해배상청구에 관한 건
〔대정4년민상제278호 1916년 3월 3일 판결〕

【판결요지】

1. 법률행위가 취소된 경우에 있어서는, 당사자는 그 행위에 의하여 취득한 물건 또는 이익을 반환하여야 할 의무를 부담한다. 따라서 그 행위에 의하여 물건의 수수가 있었던 경우에 그 물건의 반환을 하지 아니한 때에는, 취득한 이익의 한도에서 상환을 청구할 수 있다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 심상진
소송대리인 이기찬 같은 박만서
【피상고인】 정인욱
소송대리인 김기현

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 5월 19일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 이송한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 "본안을 살피건대, 피항소대리인의 주장은 사기에 의한 의사표시를 취소하고 나아가 소유권에 기하여 문권(文券) 즉, 토지의 반환을 구하여 항소인은 즉시 이를 반환하여야 할 채무를 부담함에도 불구하고 이를 이행하지 아니하므로 그 채무불이행에 기한 손해의 배상을 구한다는 것으로, 그 손해배상의 기본인 문권 즉, 토지반환의 청구는 소유권을 근거로 하여 그 회복을 구하는 물상청구권임은 의문의 여지가 없다. 원래 물상청구권은 물권으로부터 발생하는 권리이고, 물권은 직접 물건을 지배함을 목적으로 하며 물건의 소재에 따르는 것

이므로, 소유권을 근거로 하는 물건의 회복청구권은, 소유자의 권리를 침해하고 실제로 목적물을 점유하는 자에 대하여 하여야 하고, 상대방은 과거에 소유자의 권리를 침해하고 물건을 점유한 사실이 있다고 하여도 청구를 받을 당시 실제로 이를 점유하지 아니하는 이상은, 그 청구에 응하여야 할 의무가 없다. 환언하면, 피청구자는 목적물을 실제로 점유하는 관계에서 이를 반환하여야 할 책무를 가질 뿐이다. 그리고 본건 피항소인이 사기에 의한 의사표시를 취소하고 소유권에 기하여 문권 즉, 토지의 반환을 청구한 당시(1905년 7월 18일)에 있어서는, 항소인은 당해 토지를 현실로 점유하고 있지 아니하였음은 피항소인 대리인의 주장 자체에 비추어 명백하고 의문의 여지가 없으므로, 항소인은 그 청구에 응하여야 할 의무를 갖지 아니한다고 말하여야 한다. 이에 더하여 위 설명과 같이 물권은, 직접 물건을 목적으로 하는 것이고, 채권과 같이 특정한 사람의 행위, 불행위를 요구하는 권리가 아니므로, 물권에 대하여 채무라는 존재를 상상할 수 없다. 그렇다면 항소인이 문권 즉, 토지반환의 청구를 받은 당시 이를 점유하고 있었음에도 불구하고, 반환을 하지 아니하였다고 가정하여도, 피항소인은 판결집행에 의하여 이를 강제하는 것은 별도로 하고, 이에 의하여 항소인은 당연히 채무불이행을 원인으로 하는 손해배상의 책임을 지어야 하는 것이 아니다. 왜냐하면 항소인은 채무자가 아니므로 채무불이행인 사실이 존재할 수 없기 때문이고, 또는 항소인이 고의로 인도를 지연하거나 피항소인에게 그 회복을 불능하게 하는 등의 이유로 새로이 불법행위 그 밖의 채무를 부담할 수 있지만 이것은 그 자체로 별개의 문제에 속한다. 위와 같은 이유로 채무불이행을 원인으로 하는 피항소인의 본소 청구는 이를 인용할 이유가 없다. …"라고 설명함으로써, 상고인의 청구를 배척하였다. 그러나 어느 법률행위에 의하여 타인의 물건에 대한 권리취득으로 인하여 그 물건을 점유하는 자는, 그 법률행위가 취소됨으로써 그 물건을 원소유자에게 반환하여 원상으로 회복시켜야 할 의무가 있음은 다언을 요하지 아니하는 바로서 원상회복의 의무가 있는 자는 그 청구를 받을 당시 그 물건을 점유하고 있는지의 여부에 불구하고, 그 의무를 이행하여야 한다고 믿는다. 본건은, 상고인은 피상고인의 사기 및 강박에 의하여 채무가 없음에도 본소의

토지문권을 전당에 맡겼지만, 그 후 전당의 행위를 취소하고 피상고인에 대하여 원상회복의 방법으로서 토지문권의 반환을 청구한 바, 청구를 인용하는 판결을 받고 판결확정되었음에도 불구하고, 피상고인은 그 문권반환의 의무를 이행하지 아니함으로써 이에 의하여 상고인이 받은 손해의 배상을 청구하고 있음은, 제1심 이래 상고인이 주장하는 바로서, 단지 소유권을 원인으로 하는 것이 아니고 원상회복을 청구의 직접적인 원인으로 하여 소유권의 회복을 구하는 것에 불과하다. 원래 원상회복의 의무란 법률의 직접 규정에 의하여 발생하는 일종의 채무로서, 일반인이 어떤 자의 소유물에 대하여 불가침의 의무를 지는 것과 그 취지를 달리함은, 굳이 말할 필요가 없는 바이다. 그런데 원심은 상고인의 주장을 오해하고 본건의 청구는 단지 의물(依物)의무의 불이행을 원인으로 하여 손해배상을 구하는 것으로 인정하여 이를 배척한 것이라면, 원판결은 당사자가 주장하는 사실을 유탈하고 또한 법률의 적용을 그르친 위법이 있다.

살피건대, 법률행위가 취소된 경우에 있어서 당사자가 그 행위에 의하여 취득한 물건 또는 이익을 반환하여야 할 의무를 지는 것은 당연한 법리이고, 민법 제121조 단서의 규정 및 그 규정의 반면해석에 의하여 추구(推究)하여, 무능력자가 아닌 자는 취득한 이익의 전부를 상환함을 본칙으로 하는 취지임을 인정할 수 있는 것에 비추어도 명백하며, 나아가 한 점의 의문도 없다. 그리고 이 법리는 민법 시행의 전후를 묻지 아니하고 적용되어야 한다. 생각건대, 법률행위는 취소되어도 그 행위에 의하여 수수하거나 취득한 사실은 없었던 것으로 돌아갈 수 없으므로, 그 수수한 물건이나 취득한 이익을 반환하여야 함은, 민법 시행의 전후에 의하여 구별할 이유가 없기 때문이다. 그리고 취소의 결과 법률행위는 당초로 소급하여 무효가 되는 것이라고 간주해야 하는 것으로 수수한 물건이 존재하는 경우에는, 소유권을 주장하여 그 반환을 청구할 수 있고, 또한 불법행위가 있었던 경우에는 이를 원인으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다고 하여도, 그 청구권이 존재하기 때문에 물건 또는 이익의 반환의무가 존재하지 않는다고 인정하여야 하는 이유가 되지 아니한다. 본건 상고인의 주장사실을 조사하면, 상고인은 이상천의 집에서 금 600원을 차용하였는데, 피상고인은

그 채권자라고 사칭하여 담보품의 제공을 요구하자, 상고인은 이를 믿고 전당으로서 토지의 문권을 제출하였는데, 상고인은 당해 토지를 매각하거나 질권을 설정하여 주어 상고인으로 하여금 그 소유권을 상실시킨 것이므로, 1904년 3월 중 피상고인을 상대로 하여 한성재판소에 소를 제기하고, 나아가 평리원에 제소한 결과, 피상고인은 토지문권을 상고인에게 반환하라는 판결을 받기에 이르렀다. 상고인은 1905년 7월 18일 위 사기에 의한 당사자 간의 전당계약을 취소하고 나아가 소유권을 원인으로 하여 토지문권의 반환을 청구하고, 피상고인은 바로 이를 반환하여야 할 채무를 부담함에도 불구하고 이를 이행하지 아니하므로, 불이행을 이유로 하여 그 채무 전부에 갈음하는 손해배상을 청구한다는 취지의 사실을 주장하였음은, 원판결 적시사실에 의하여 명백하다. 그리고 위 주장 중 소유권을 원인으로 하여 토지문권의 반환을 청구하고, 피상고인은 바로 이를 반환하여야 하는 채무를 부담함에도 불구하고 이를 이행하지 아니함으로 불이행을 이유로 하여 그 채무 전부에 갈음하는 손해배상을 청구한다는 문구는, 그 취지가 철저하지 아니한 바가 있다 하여도, 결국 반환채무의 불이행을 이유로 하여 배상을 구하는 것이므로, 그 청구가 물권청구가 아닌 것은 스스로 명백한 것으로 본건 상고인의 청구는 사기를 원인으로 하여 취소한 법률행위에 의하여 피상고인이 수취한 토지에 관한 반환의무를 이행하지 아니하였기 때문에 그 배상을 구하는 취지라고 해석할 수밖에 없다. 즉, 취소된 법률행위에 의하여 취득한 이익의 상환을 구하는 것에 해당한다. 따라서 피상고인이 수취한 토지를 반환하지 아니하는 이상은, 취득한 이익의 한도에서 상환을 하여야 함은 당연하므로, 상고인의 청구를 가리켜 물권청구라고 하고, 물건의 점유를 하지 아니하는 자에 대하여 제소할 수 없다고 하여, 그 청구를 배척할 수 없다. 그런데 원판결을 보건대, 상고인의 주장은 사기에 의한 의사표시를 취소하고 나아가 소유권에 기하여 문권 즉, 토지의 반환을 구하며, 피상고인은 즉시 이를 반환하여야 할 채무를 부담함에도 불구하고 이를 이행하지 아니하므로, 그 채무불이행에 기한 손해의 배상을 구하는 것이라면, 그 손해배상의 기본인 문권 즉, 토지반환의 청구는 소유권을 근거로 하고 그 회복을 구하는 물상청구권임에 의문이 없고, 물상청구권은

실제로 물건을 점유하는 자에 대하여 행사하여야 하고, 제소 당시 물건의 점유를 하지 아니하는 피상고인에 대하여 청구를 하는 것은 타당하지 아니할 뿐만 아니라, 물권에 대하여 채무라는 것의 존재를 상상할 수 없으므로, 피상고인에게는 채무불이행인 사실이 존재하지 아니한다는 취지를 판시하고, 상고인의 청구를 배척하였다고 하여도, 상기 설명과 같이 상고인의 본건 청구는 취소된 법률행위에 의하여 피상고인이 수취한 토지에 관한 반환의무를 이행하지 않기 때문에 그 배상을 구한다는 취지라고 해석하여야 하기 때문에, 물권청구가 아님은 스스로 명백하고, 이를 물상청구권이라고 하고 따라서 피상고인에게 채무불이행의 사실이 존재하지 아니한다고 하여 청구를 배척한 것은, 결국 상고인의 청구의 취지를 오해함으로서 청구를 배척한 위법이 있으므로, 본 상고논지는 그 이유가 있다. 원판결은 파기를 면할 수 없다.

이미 이 점에서 원판결이 파기되어야 함을 인정함으로써 나머지 상고논지에 대한 설명은 이를 생략한다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 원판결을 파기하고 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 타의 동등한 복심법원으로 이송함이 상당하여, 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

61 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제12호 1916년 3월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 보관자가 매매에 의하여 그 보관물의 소유권을 취득한 때에는, 동시에 그 점유는 개정되어 보관의무도 역시 소멸된다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 동양척식 주식회사
대표자 길원삼랑(吉原三郎, 요시와라)
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쯔모토)
【피상고인】 김성근 외 1인

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 10월 14일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

보통 소유권은 사용, 수익, 처분의 3대요소를 포함하는 것임은 학자 간의 정론(定論)이다. 그리고 그 중 가장 중요한 것은 처분권이다. 따라서 만일 물건을 매매함에 있어서, 매수인이 대금지급을 마치기까지는 매도인은 그 목적물을 인도하지 아니하고, 또한 매수인이 그 물건에 대하여 권리행사를 할 수 없는 취지의 특약을 한 때에는, 즉 소유권의 최대요소인 처분권은 매수인에게 아직 이전되지 않는다고 해야 한다. 이미 처분권을 유보하고 또한 매도인이 점유를 계속하고 있는 동안에는 소유권으로서는 아직 그 본래의 권리효과를 행사할 수 없다. 따라서 이것은 소유권의 이전을 유보한 것이라고 말하여야 한다. 이제 원판결 이유를 보건대, “전략(前略) 불법행위를 구성하는지의 여부는, 상기 소작물의 소유권을 매매계약과 동시에 매수인에게 이전하였는지의 여부에 의하여 정하여진다. 일반적으로 특정물의 매매에 있어서는, 매매계약과 동시에 목적물의 소유권은 특별한 의사표시가 없는 한 매수인에게 이전한다고 해석하여야 함은, 법리상 의문이 없는 바이다.

그렇다면 본건 매매에서 이상의 법리해석의 적용을 면하려는 특별한 의사표시가 있었는지의 여부를 보건대, 항소인은 성립에 다툼이 없는 갑 제3호증(계약서)으로써, 본건은 통상의 매매계약으로 칭하고 매수인이 지급한 대금에 상당하는 석수(石數)에 한하여 그 소유권을 매수인에게 이전하며, 그 밖의 부분은 대금의 지급이 있기까지 매도인이 소유권을 유보한다는 것임을 입증하려고 하지만, 같은 호증 제4항과 같은 것은 단지 대금미지급의 부분에 관하여는 목적물에 대한 반출을 금지하고, 목적물에 대한 매수인의 권리행사를 제한함으로써, 간접적으로 매도인에 대하여 대금의 지급의무의 이행을 촉구하려는 계약의 취지임을 인정할 수 있음에 그치고, 이로써 매도인의 소유권유보의 계약이라고 해석할 수 없다 이하 생략"이라고 되어 있고, 본건 매매당사자 간의 계약은 대금의 미지급부분에 관하여는 목적물에 대한 반출을 금지하고, 목적물에 대한 매수인의 권리행사를 제한하여 대금을 완제하기 전에는 매수인은 목적물의 처분권이 없다는 약관이라는 것을 명백히 인정하고 있을 뿐만 아니라, 소외 박기석은 상고 회사의 농감(農監)으로서 본건 매매의 목적물인 벼의 보관을 위탁받고 상고 회사를 위하여 대리점유를 한 것임은 당사자 간에 다툼이 없다. 따라서 동인은 상고 회사와 매매계약을 한 후라고 하여도, 그 대금의 지급을 하지 아니하는 동안은 목적물인 벼의 반출처분을 할 권리가 없고, 여전히 농감으로서 대리점유를 계속하여야 한다. 과연 그렇다면 박기석은 상고 회사와 보관중인 벼의 매매를 하여도 대금지급이 끝나기까지 그 목적물을 처분할 수 없다. 만일 이를 처분한다면 상고 회사의 점유(대리점유) 중인 물건으로서, 더욱이 계약으로 반출처분을 금지하고 소유권을 유보한 물건을 불법하게 처분한 결과가 발생한다. 그렇다면 박기석은 매매만으로 바로 완전한 소유권을 취득한 것이 아니다. 환언하면, 당해 물건의 반출처분의 자유를 얻기까지는 아직 그 물건의 처분권을 취득한 것이 아니고, 여전히 농감으로서 보관의 책임이 있음은 일견 분명함에도 불구하고, 원심은 박기석은 상고 회사에 대하여 대금변제가 완료되기까지 목적물의 권리행사가 금지된 사실, 즉 처분행위가 금지되고 완전한 소유권의 이전이 없는 사실을 인정하면서도 다른 한편으로 동인은 소유권을 취득하고 이와 동시에 농감의 책임은 해제

되었다고 인정하며, 농감인 박기석의 보증인의 보증의무도 소멸한 것과 같이 판시한 것은 전후 이유가 서로 저촉되는 것으로 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 원판결에서 갑 제3호증 제4항과 같은 것은 단지 대금미지급의 부분에 관하여는 목적물에 대한 반출을 금지하고, 목적물에 대한 매수인의 권리행사를 제한함으로써 간접적으로 매수인에 대하여 대금지급의 의무이행을 촉구하려는 계약의 취지임을 인정할 수 있다는 것에 그치고, 매도인의 소유권유보의 계약이라고 해석할 수 없으며, 같은 호증 중 그 밖의 조항 및 그 밖의 입증은 하나도 항소인(상고인)의 주장을 긍정할 수 없다는 취지를 설시하고 있고, 원심은 단지 반출하는 것을 금지하고 매수인의 권리행사를 제한한 취지에 불과하다고 해석한 것으로서 반드시 매매양도를 금지한 취지를 포함하고 소유권유보를 약정한 취지라고 인정하여야 하는 것이 아니므로, 원심이 증거에 의하여 위 매매에 관하여 목적물반출금지의 약정이 있지만 소유권유보의 특약이 아니라고 판단한 것은 상당하고, 본건 소작 벼의 소유권은 상고 회사와 상고 회사의 농감인 박기석과의 사이에 매매계약이 성립함과 동시에 박기석에게 이전되는 것임은 물론, 그 물건의 점유에 관하여도 동인이 종래 상고 회사의 농감으로서 상고 회사를 위하여 보관하고 있었던 소작 벼는 매수에 있어서는 이미 대리점유 중이므로 동인이 매수인이 되어 소유권을 취득함과 동시에, 그 점유는 개정되어 자기점유로 되는 것은 당연하므로, 상고인의 소론과 같이 동인은 농감으로서 여전히 대리점유를 계속한다고 말할 수 없다. 그렇다면 원판결에서 매매와 동시에 농감인 박기석의 상고인에 대한 보관의무는 소멸되어 그 보증인인 피상고인의 보증의무도 소멸된다는 취지를 설시하여 그 청구를 배척한 것은 상당하고 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다. 박옥태, 박기석은 상고 회사의 농감이 되고, 피상고인 2명은 그 연대보증인이 된 점 및 박기석은 농감으로서 소작료의 징수보관사무를 담당하고, 그 사무에 관하여 상고 회사의 명령을 준수하여야 하며, 만일 과오, 해태 그 밖의 행위에 의하여 상고 회사에 손해를 끼친 때에는 박기석 및 보증인인 피상고인은 그 손해배상의 책임이 있음은 피상고인이 그 성립을 인정하는 갑 제1호

증에서 명시하는 바이다. 또한 박기석은 1913년 11월 20일부터 1914년 1월 20일까지 사이에 수차례 상고 회사의 소작료인 벼 합계 580여 석을 징수보관한 것은 갑 제3호증에 의하여 역시 명백한 사실로서 모두 당사자 간에 다툼이 없다. 따라서 농감 박기석이 상고 회사를 위하여 징수 보관한 벼에 관하여는 동인은 상고 회사의 지휘가 없으면 이를 이동하고 처분할 수 없는 직책을 갖는다. 만일 박기석이 이 직책을 위배하여 보관물을 이동 처분한다면 동인은 이에 의하여 발생하는 손해배상의 책임을 부담하여야 할 뿐만 아니라, 보증인인 피상고인도 그 책임을 부담하여야 한다. 그런데 박기석은 1914년 6월 29일 위 보관중인 벼 580여 석을 대금 3,800여 원으로 상고 회사로부터 매수한 것을 구실로 하여 매매계약에 지급대금 상당의 석수 이상은 다른 곳으로 반출할 수 없다는 제한이 있고, 대금미지급부분의 벼에 관하여는 여전히 농감으로서 보관의 책임이 있음에도 불구하고, 상고 회사의 지휘나 허락을 얻지 아니하고 대금미지급부분의 벼를 함부로 반출 매각하고, 또한 그 대금을 소비하여 상고 회사에게 손해를 입게 한 것은 갑 제1호증의 농감의무에 위배하고 상고 회사를 위하여 보관중인 물건을 불법하게 처분한 것으로 그 손해배상의 의무가 있음은 물론이고, 보증인인 피상고인도 역시 그 배상의무를 면할 수 없다고 믿는다. 그런데 원심은 이상의 사실을 인정하면서도 상고 회사와 박기석 간의 매매의 효력에 의하여 보관 벼의 소유권이 박기석에게 이전된다는 것만으로 바로 박기석이 농감으로서의 보관책임이 소멸된다고 한 것은, 갑 제1호증의 계약에 농감은 상고 회사의 지휘・명령에 따라 소작료의 징수보관의 책임을 가지고 그 책임은 상고 회사의 지휘・명령에 의하여 보관물의 점유를 하지 아니할 때까지 계속한다는 약정이 있음을 망각한 것이라고 말하지 않을 수 없다. 상고 회사의 견해에 의하면, 농감 박기석이 보관하는 소작 벼에 있어서는 상고 회사가 보관자인 박기석에게 매각한 경우와 타인에게 매각한 경우를 묻지 아니하고, 임치인인 상고 회사의 지휘에 의하여 그 점유를 개정 또는 해제하기까지 여전히 보관의무가 계속되는 것으로, 만일 상고 회사의 의사에 반하여 보관물을 반출 처분한다면, 이는 불법하게 점유물을 처분한 것으로, 즉 농감의무에 위반하고 불법행위를 한 것이라고 말하지 않을 수 없다.

본건에 있어서는 농감 박기석이 그 보관중인 벼를 매수한 것임에 틀림없지만, 당해 매매계약에는 지급대금 상당액 이상의 벼를 반출할 수 없다는 취지의 제한이 있으므로, 지급대금 상당액까지의 석수는 박기석이 이를 반출 처분할 수 있다고 인정되고, 그 부분의 보관의무는 적법한 점유개정의 효력에 의하여 당연히 소멸되지만, 아직 대금의 지급이 없는 부분에 관하여는 여전히 상고 회사의 농감으로서 이를 보관하여야 한다고 믿는다. 원래 농감의 보관의무는 반드시 소유권의 이전 귀속과 같게 되는 것은 아니고, 오히려 점유의 존부에 의하여 그 보관의무의 존부를 결정하여야 한다. 따라서 상고 회사와 박기석 간의 매매계약서(갑 제3호증) 제4항 단서에 “지급대금에 상당하는 석수 이상은 다른 곳으로 반출할 수 없다”라는 제한이 있는 이상은, 그 부분에 있어서는 상고 회사는 여전히 점유를 유보하여 농감인 박기석으로 하여금 대리점유를 계속하게 한 것이라고 하지 않을 수 없으므로 박기석이 대금미지급부분의 보관물을 반출 처분한 것은 매수인의 의무에 위배한 것이고, 보관자인 의무에 위배하여 타인을 위하여 점유보관하는 물건을 함부로 그 본주(本主)의 의사에 반하여 처분한 것이라고 인정하지 않을 수 없다. 과연 그렇다면 본건 벼의 소유권이 박기석에게 이전하였다는 것은 반드시 동인의 농감의무를 소멸시키는 것이 아님에도 불구하고, 원심은 “소작 벼의 소유권은 매매계약과 동시에 매수인에게 이전되었다면 이와 동시에 매수인의 감리인인 책임은 해제되었다고 말하지 않을 수 없고 … 따라서 박기석이 대금지급 전에 목적물을 반출하고 매각한 행위는, 갑 제6호증(갑 제3호증의 오인이다) 제4항의 매수인으로서의 계약의무에 위배된 것이라고 해야 하고 관리인으로서의 의무위배가 아니며 … 박기석이 감리인으로서의 책임에 위배된 점이 없다면, 가령 매수인의 의무에 위배하고 항소인에게 손해를 준 점이 있다고 하더라도 이로써 피항소인은 보증인으로서 배상책임을 부담할 이유가 없음은 두말할 필요가 없다”고 판시한 것은, 당사자 간에 다툼이 없는 갑 제1호증의 농감 및 보증계약의 취지를 무시하고, 보관물의 소유권이전에 의하여 바로 농감의 보관의무소멸이라고 한 위법이 있다.

살피건대, 원판결이 인정한 사실에 의하면, 원심은 본건 소작 벼의

보관자인 박기석과 상고 회사와의 사이의 매매계약에 관하여, 목적물의 반출에 관한 제한은 소유권유보의 특약이 전혀 아니고, 종래 박기석이 상고 회사의 농감으로서 상고 회사를 위하여 보관한 당해 소작벼는, 매매에 의하여 소유권의 이전과 동시에 그 점유는 개정되어 이미 박기석의 자기점유가 되었다고 인정한 것이 명백하므로, 상고인이 주장하는 박기석의 농감으로서 상고 회사에 대한 보관의무는 동인이 매매에 의한 매수인임과 동시에 소멸하고, 따라서 동인의 보관의무의 위반이 없으므로, 그 보증인인 피상고인에게 보증의무의 위반이 없는 것도 역시 당연하고, 원판결에서 상기 상고인의 주장을 배척한 것은 상당하며 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심은 "특정물의 매매에 있어서는 매매계약과 동시에 목적물의 소유권은 특별한 의사표시가 없는 한은, 매수인에게 이전하고 … 그렇다면 본건 매매에 있어서 위와 같은 법리해석의 적용을 면할 특별한 의사표시가 있었는지 여부를 보건대, 항소인은 성립에 다툼이 없는 갑 제3호증으로 본건은 통상의 매매계약으로 칭하고, 매수인이 지급한 대금에 상당하는 석수에 한하여 그 소유권이 매수인에게 이전되고, 그 밖의 부분은 대금의 지급이 있기까지 매도인이 소유권을 유보한 것임을 입증하려고 하지만, 같은 호증 제4항과 같은 것은 단지 대금미지급의 부분에 관하여는 목적물에 대한 반출을 금지하고, 목적물에 대한 매수인의 권리행사를 제한함으로써 간접적으로 매수인에 대하여 대금지급의무이행을 촉구하려는 계약의 취지임을 인정할 수 있음에 그치고, 이로써 매도인의 소유권유보의 계약이라고 해석할 수 없다"고 판시하여 갑 제3호증 제4항의 약관은 대금미지급부분의 매매목적물의 반출을 금지하고 목적물에 대한 매수인의 권리행사를 제한하려는 것으로 인정하면서도 이것이 소유권유보의 계약이 아니라고 한 것은 전후 이유에 모순이 있다고 말하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 매매목적물의 반출처분의 제한은 그 소유권을 매도인에게 유보하였기 때문에 그러한 것으로 즉, 매수인의 입장에서 본다면 매수인의 권리의 제한이고, 매도인의 입장에서 본다면 목적물의 소유권의 유보에 다름아니어서 2자이명동물(二者異名同物)임에 불과하기 때문이다. 이에 더하여

원판지에 의할 때에는 갑 제3호증 제4항은 목적물의 반출을 금지하고, 목적물에 대한 매수인의 권리를 제한하며 이로써 간접적으로 매수인에 대하여 대금지급의 의무이행을 촉구하려는 계약으로서, 그와 같은 계약은 매도인의 소유권유보의 계약이라고 해석할 수 없다고 말하는 것인데, 그 해석은 매우 부적법한 해석이라고 믿는다. 왜냐하면, 매도인이 매매의 목적물의 소유권을 유보하는 이유는 매수인으로 하여금 대금미지급 전에 이를 처분하게 한 때에는 결국 대금의 지급을 받을 수 없거나 그 지급이 지연되는 것을 감안하여, 이를 방지하기 위하여 특히 소유권의 이전을 유보함이 통상이라고 한다면 갑 제3호증 제4항의 약관이 매수인의 권리를 제한하고 이로써 매수인의 대금지급을 촉진하려고 하는 취지의 약관이므로 매도인의 소유권유보의 계약이라고 해석할 수 없다고 한 것은 매우 논리에 맞지 아니한 것으로 부적법한 해석이다.

살피건대, 논지 전단이 이유가 없음은 논지 제1점에서 설명한 바와 같이 이해되어야 하고, 논지 후단은 원심의 직권에 속하는 증거의 해석에 관하여 견해를 달리하여 원판결을 비난하는 것에 불과하므로, 적법한 상고이유가 되지 아니한다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

법원이 판결을 함에 있어서는 심리에 의해 얻은 자신의 심증에 의하여 당사자의 쟁점을 판단하여 적법한 이유를 붙여야만 하는 것으로, 결코 타인의 의견에 맹종하는 것과 같은 것은 아니 된다. 그런데 원심이 갑 제3호증 제4항의 약관은 매도인의 소유권유보의 계약이 아니라고 인정한 이유를 설시함에 있어, “항소인의 고소에 관련된 박기석에 대한 횡령 피고사건이 불기소처분에 붙여진 것 … 에 비추어 보아도 이상의 인정이 상당하다는 것을 알 수 있다”라고 판시한 것은 전적으로 본건과 그 성질 사안을 달리하는 박기석의 횡령사건에 대한 검사의 불기소처분을 심증의 기초로 하여 당사자 간의 쟁점을 판단한 것으로, 원심판결은 적법한 증거에 그 심증을 두지 아니한 불법이 있다.

살피건대, 원심판결은 본건 소작 벼의 매매에 관하여 상고인이 주장하는 목적물의 소유권유보의 특약은 상고인의 입증에 의하여 이를 인정할 수 없다는 취지를 설시하고 상고인의 주장을 배척한 것으로 판

결의 이유는 구비되어 있다. 그런데 같은 이유 중, 상고인으로부터의 고소에 관계된 박기석의 횡령사건이 불기소처분이 된 사실을 들어 그 판단이 옳음을 설시한 것은 타당하지 아니하다고 하여도 상기 이유에 의하여 원판결의 주문을 지지할 수 있으므로, 파기의 이유가 되지 아니하고 논지는 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

매수인을 위하여 종전의 대리점유를 한 물건을 매매의 목적물로 한 때에는 그 점유권의 양도는 현물인도의 방법에 의하지 아니하고 매도인으로부터 매수인에 대한 의사표시에 의하여 이를 할 수 있다(민법 제182조)고 하여도, 만일 매매의 당사자가 특약으로 매매의 목적물에 대한 점유권을 매도인에게 유보한 때에는 매수인은 그 점유권을 취득할 수 없고 여전히 매도인의 대리점유자가 된다. 따라서 이 경우에 있어서 대리점유자가 그 점유물을 불법하게 처분한 때에는 매수인 즉, 소유권자라는 이유로 그 책임을 면할 수 없고, 대리점유자로서의 농감 박기석은 상고 회사를 위하여 자신이 보관하는 소작 벼를 상고 회사와 매매하여도 그 매매계약에서 특히 대금미지급부분의 반출을 금지하고 그 부분의 소작 벼는 상고 회사가 인도의 의사표시를 하지 아니하여 박기석은 아직 그 점유권을 취득하지 아니하고 상고 회사의 농감으로서 대리점유를 계속하는 것이고, 게다가 그 대리점유 중 함부로 이를 처분한 것이라면, 박기석은 농감의 보관의무에 위배한 것이 명백함에도 불구하고, 원심이 이로써 매수인의 의무위배로 하여 감리인의 의무위배가 아니라고 한 것은 점유권 취득의 법칙에 위배하여 사실을 확정한 불법이 있다.

살피건대, 본건 상고 회사의 박기석에 대한 보관 소작 벼의 반출에 관한 제한은 점유를 매도인에게 유보하는 특약이라고 인정한 것이 아님은 원판결문상 명백하고, 또한 박기석의 상고 회사에 대한 대리점유는 위 양자 간에 있어서의 상기 벼의 매매와 동시에 자기점유로 개정된 것은 논지 제1점에서 설명한 것과 같으므로, 박기석의 점유는 대리점유인 성질이 변경된 것은 물론으로 상고 회사에 대한 보관의무의 위배가 있는 것이 아니다. 논지는 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

상고 회사는 갑 제6호증으로 박기석에 대한 매매를 해제하였으므로, 원상으로 회복하고 박기석은 농감으로서 보관 벼를 반환을 하여야 할 지위에 있다. 그런데 동인은 그 보관 중인 소작 벼를 함부로 타인에게 매각하여 반환이 불가능하게 한 것이라면, 동인 및 보증인인 피상고인은 손해배상의 의무가 있음에도, 원심은 갑 제6호증의 해제의 효력 여하에 관하여 아무런 설시도 하지 아니한 것은 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 상고인은 원심에서 본건 소작 벼에 관하여 박기석에 대한 매매해제의 의사표시를 한 것은 원심 구술변론조서의 기재 및 원판결의 사실적시에 의하여 명백하다고 하여도, 본건 박기석에 대한 매매에 의하여 매도인인 상고 회사의 의무는 완전히 이행되었고 대금미지급에 의하여 상고 회사가 박기석에 대하여 해제권을 행사할 수 있음은 물론이지만, 동인이 매매계약 후 바로 그 목적물을 타에 반출 매각하였음은 원심에서 당사자 간 다툼이 없으므로, 매수인인 박기석은 매매의 목적물에 관하여 원상회복의무가 있을 뿐이고, 그 의무란 상고 회사의 농감으로서 당해 소작 벼를 보관할 의무와 관계 있는 것이 아니므로, 그 보증인인 피상고인에게 책임이 미치지 아니함은 물론이고, 원심이 그 설명을 생략한 것은 위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

62 부당이득금청구에 관한 건
〔대정5년민상제27호 1916년 3월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 개성에서 삼포(蔘圃)의 매매에 관하여, 매수인이 매도인에 대하여 그 대가에 상당하는 어음을 교부하고 장기(掌記)를 작성한 경우에 있어서, 당사자 일방의 의사에 의하여 임의로 그 매매계약을 해제하는

것은, 인도에 관하여 당사자 쌍방 입회하에 실물조사를 하여 현물의 인도를 하는 경우와, 이구전장(以口傳掌)의 방법으로 현물조사를 하지 아니하며 구두로 인도를 하는 경우를 묻지 아니하고, 그 인도가 이루어지기 이전에 한하여 허용되는 관습이다(상고이유 제1점).

1. 이구전장(以口傳掌)이란 당사자 간에 있어서 실물조사를 하지 아니하고 인도를 하는 방법으로, 그 효력은 당사자 쌍방 입회하의 실물조사를 하여 인도를 하는 경우와 조금도 차이가 없다(상동).

【제 1 심】 경성지방법원 개성지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 박상근
소송대리인 중촌시장(中村時章, 나까무라)
【피상고인】 공응규

위 당사자 간의 부당이득금 청구사건에 관하여 1915년 12월 17일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다. 상고인은 제1심 이래, 개성지방에서의 삼포의 매매계약에 관하여는 특별한 관습이 있고, 매수인이 현품의 인도를 마치기까지는 그 의사에 의하여 단독으로 매매계약을 해제할 수 있음을 주장하여 왔다. 그런데 원판결은 이구전장 즉, 구두상의 인도가 있은 후에는 단독으로 해제를 할 수 없다는 관습이 있다고 판정하여, 상고인의 주장을 배척하였다고 하여도, 그 근거

하는 바는 증인 손봉조, 최상영의 진술인 듯한다. 그러나 위 증인 등의 진술로는 원판결이 인정하는 바와 같이 간품(看品) 즉, 현물의 수수가 아니고, 구두상의 인도(법률상 구두인도라는 것의 유무 불명이지만)도 역시 매수인의 해제권을 상실시키는 것인지의 여부가 명확하지 아니하며, 상고인이 주장하는 간품과 원판결의 소위 이구전장이라는 것을 동일시하는 것은, 심히 근거가 없는 바이다. 즉, 원판결은 계약해제에 관한 법칙을 무시하고, 상고인의 주장을 배척한 불법이 있다.

살피건대, 증인 손봉조의 신문조서를 보면, 삼포의 매매에는 간품(看品) 후 가격을 정하고, 그 가격 상당의 어음을 매도인에게 인도하며 매도인이 승낙하면 전장(傳掌)은 다시 간품 후에 하지만, 단 구두로 하는지의 여부는 당사자의 합의로 정함과 동시에, 매매의 성립을 알리고 장기(掌記)를 작성하는 것이고, 또한 이구전장이란 간품을 하지 아니하고 인도를 받는다는 의미로서 같은 증인의 진술기재가 있다. 증인 최상영의 신문조서에는 개성에서는 삼포를 매매할 때 계약을 하고, 매수인으로부터 매도인에 대하여 어음을 교부한 후에도, 매도인이 삼포의 인도를 거부할 때에는 계약을 해제할 수 있다는 관습이 있고, 결국 전장 전에는 사실상 매매가 성립되지 아니하는 형태가 되므로 임의로 해제를 할 수 있으며, 삼포의 전장이란 매도인과 매수인이 입회하여(대리인으로도 가능) 실지를 보고 또한 간수(間數)를 조사한 다음, 매수인이 수취한다고 하고 매도인이 인도한다고 하면 그것으로 전장이 끝나며, 이구전장이란 삼포를 보지 아니하고 전장하는 것으로 전장 후에 있어서는 계약은 해제할 수 없고, 이것은 이구전장의 경우에도 실제의 전장의 경우에도 같다는 취지의 같은 증인의 진술기재가 있다. 이러한 진술에 의하면, <u>개성에서 삼포의 매매를 하고, 매수인으로부터 매도인에 대하여 그 대가에 상당하는 어음을 교부하며 장기를 작성한 때에는, 그 인도에 관하여 당사자 쌍방 입회하에 실물조사(간품)를 하고 인도를 하는 경우 및 이구전장이라 하여 당사자 합의하에 실물조사를 하지 아니하고 구두로 수수를 마치는 경우가 있고, 당사자 일방의 의사에 의하여 임의로 계약의 해제를 하는 것은, 당사자 입회하에 실물조사를 하고 인도를 하는 경우와 이구전장의 방법에 의하여 실물조사를 하지 아니하고 인도를 하는 경우를 묻지 아니하고, 그 인</u>

도가 이루어지기 이전에 한하여 허용되는 관습임을 인정할 수 있으므로, 원심이 같은 증인 등의 진술에 의하여 개성에서의 삼포의 매매에 관하여 상기와 같은 관습의 존재를 인정한 것은 상당하다. 그리고 이구전장이란 당사자가 실물조사(간품)를 하지 아니하고 인도를 하는 방법에 지나지 않기 때문에 그 인도의 효력에 있어서 당사자 쌍방 입회하에 실물조사를 하여 인도를 하는 경우와 조금도 차이가 있지 아니하다. 따라서 이구전장의 방법에 의하여 그 인도가 있은 이후에는 달리 법률상의 해제권이 없는 한, 당사자 일방의 의사에 의하여 임의로 계약을 해제할 수 없음은 당연한 사리에 속하고 다언을 요하지 아니하므로, 원심이 증거에 의하여 본건 삼포의 매매에 관하여, 1905년 음 8월 26일 매수인인 상고인 및 매도인인 허온 사이에 이구전장의 방법에 의하여 본건 삼포의 인도를 마친 사실을 인정하고, 그 후 같은 해 음 9월 3일 상고인이 현장에 임해 간품을 한 사실 및 그 때 상고인이 허온에 대하여 목적물인 삼포의 하자를 주장하고, 계약의 해제를 신청한 사실이 있지만, 당해 해제의 의사표시가 이구전장을 한 이후의 것이므로 계약해제의 효과가 없다는 취지를 설시하고, 상고인의 청구를 배척한 것은 이것 역시 상당하며, 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 부당하게 사실을 확정한 불법이 있다. 상고인이 원심에서 주장한 사실 중 가장 중요한 점은 본건 삼포의 매매는 1905년 음 8월 26일 이를 계약하였지만 같은 달 28일 이를 해제하였음에도 같은 달 29일 다시 매매계약을 체결하고, 다음 달 3일 상고인은 그 인도를 받기 위하여 현장에 임하여 이를 검사하였는데, 품질이 조악하기 때문에 그 수수를 거절한 취지를 주장하였다. 따라서 장기 또는 이구전장이 있었다고 하더라도 위 재도의 매매계약에 관하여 효력이 없음을 다투었다. 그리고 원판결은 이와 같이 계약이 다시 체결된 것을 인용하지 아니하였고, 상고인이 9월 3일 인도를 받기 위하여 현장에 임하여 품질의 하자가 있음을 발견하고, 해제의 의사를 표시한 취지의 주장이 효과가 없음을 설시하였기 때문에 상기 상고인의 주장은 본건에서의 중요한 논점으로 보아야 한다. 그리고 이에 대한 상고인의 주장을 인용하지 아니하는 이유로서는 “갑 제8호증의 1 이종림의 진술에 의하

여는 아직 이를 입증하기에 충분하지 아니하므로 채용하지 아니한다”고 설시하였다. 이 설명은 이종림의 진술 자체를 신용하지 아니한 것이 아니라, 동인의 진술에 의하여는 이와 같은 사실을 인정하지 아니한다는 것 같다. 그런데 갑 제8호증의 1 이종림(제출서류 신문조서)의 진술을 보건대, “음 8월 26일에는 가계약을 하였지만 그 다음의 28일에는 매도인 허온으로부터 매매에 동의하지 아니한다는 것으로 계약파기가 신청되었지만 그 달 말에는 다시 매매의 약속을 하였다…, (문) 처음 26일의 가계약을 28일에 파기한 이유는 어떠한 이유인지 모르겠는가, (답) 박상근이 금전의 지급을 할 수 없었기 때문에 매도인이 계약파기를 신청하였습니다. (문) 처음의 약속을 해약한 것은 삼포에 있는 6년근의 채취를 삼정과(蔘政課)가 인가하지 아니하기 때문이라고 말한 적은 없었나, (답) 금전의 지급을 할 수 없었던 것과 인가를 받지 않았기 때문에 계약이 파기되었습니다”고 되어 있다. 이종림은 명확히 8월 26일의 매매계약이 일응 해제된 것을 진술하였다. 원판결은 그 전권에 의하여 이 진술을 신뢰하는지의 여부는 자유이지만, 이미 그 진술에 의하여는 아직 이를 입증하기에 충분하지 아니하다고 … 설시한 것을 본다면, 진술 자체는 신용하지만 그 진술 중 상고인이 주장하는 사실에 부합하는 말이 없다고 하는 것과 마찬가지이다. 따라서 전술한 것과 같이 명확히 진술한 것을 그 기재가 없다고 한 것이 되고, 결국 원판결이 상고인의 주장을 배척함에 적당한 이유가 없이 사실을 부당하게 확정하였다고 말할 수 있다.

살피건대, 원판결은 증인 허온, 이종림, 임진문의 진술 및 을 제1호증에 의해 1905년 음 8월 26일 상고인 및 허온 간에 본건 삼포의 매매가 있었다는 사실을 인정하고, 상고인의 주장과 관련하여 상고인 및 허온 간의 매매계약은 같은 해 음 8월 29일에 성립하였다고 하여 같은 달 26일에 체결된 계약은 같은 달 28일 해제되었다는 사실에 관하여는, 갑 제8호증의 1 이종림의 진술에 의하여는 아직 입증하기에 충분하지 아니하므로 채용하지 아니한다고 설시하였다. 전술한 것과 같이 원판결이 갑 제8호증의 1 이종림 진술에 의하여서는 아직 이를 입증하기에 충분하지 않다는 것은 갑 제8호증의 1 이종림의 진술기재 중에는 상고인 주장사실에 관한 진술기재가 없다는 취지가 아니고, 이에

관한 진술기재가 있지만 당해 기재는 상고인의 주장사실을 진실이라고 인정할 심증을 야기하는 데 충분하지 아니하다는 취지에 다름 아니므로 소론과 같이 같은 갑호증 중 상고인의 주장사실에 부합하는 이종림의 진술기재가 있어도, 원심은 당해 진술로 상고인의 이익으로 심증을 야기하기에 충분하지 아니하다고 하여 채용하지 않은 것으로서 본 논지는 원판결의 취지를 오해하고, 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단을 비난하는 것에 불과하므로, 상고의 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 이유불비의 불법이 있다. 본건 상고인이 주장하는 바의 계쟁 삼포의 매매계약이 9월 3일 상고인의 의사표시에 의하여 해제되었다는 주장은, 일면에서 구관습에 의하여 실제로 간품 즉, 현물의 인도를 받기 전에 매수인의 일방적인 의사에 의하여 매매계약이 해제되었다고 주장하고, 일면에서는 현장에 임하여 품질이 조악하기 때문에 즉, 하자가 있음을 발견하고 해제의 의사를 표시하였다는 취지를 주장한 것은 원판결 사실적시와 같다. 그리고 계약해제에 관하여는, 목적물에 숨겨진 하자가 있는 것과 같은 경우에는 일방의 의사에 의하여 해제될 수 있는 경우가 없지 않다. 그런데 원판결은 설두석, 이종림의 진술에 의하여 피상고인이 해제를 승낙해 주지 않은 사실과 증인 손봉상, 최상영의 진술에 의하여 가령 전장이 있은 이후에는 일방의 의사만으로 해제할 수 없다는, 단순한 보통의 경우를 이유로 하여 상고인의 주장을 배척하였다. 게다가 상고인이 목적물의 하자를 발견한 경우를 주장하였음에도 이를 살피지 아니하고, 이와 같은 경우에 대한 해제불능의 이유에 관하여는 아무런 설시가 없다. 즉, 상고인의 주장을 배척함에 관하여 이유불비가 된다고 말할 수 있다.

살피건대, 원심 1915년 10월 4일의 구두변론조서에 관한 항소대리인(상고인의 대리인)의 진술로서, 상기 같은 달 29일(1905년 음 8월 29일) 다시 매매를 하고, 다음 9월 3일 항소인은 인도를 받기 위하여 거간업자(居間業者) 이종림, 한홍, 허온과 함께 현장에 임한바, 삼질(蔘質)이 불량이므로 항소인은 인도를 거절하였다. 그리고 삼포의 매매에 관하여는 매수인이 인도를 거부할 때에는 당연히 해약의 관습이 있다 운운이라고 정정한 이외에, 원심판결에 적시된 바와 동일한 취지의 진

술을 한 취지의 기재가 있다. 그리고 제1심판결 사실적시에 의하면, 원고인 상고인이 청구의 원인으로서 진술한 사실관계는, 전략(前略) 다음 달 3일(1905년 음 9월 3일) 삼포의 인도를 받기 위하여 피고의 사용인 및 거간인(居間人)과 동행하여 삼포소재지에 임하였는데, 삼포는 매우 발육불량이고 공간이 넓은 병삼(病蔘)으로 전일의 거간(居間)의 말과는 큰 차이가 있으므로, 위 매매계약을 파기하고 그 인도를 받지 아니하였다 … 라고 하였다. 원래 개성에서의 삼포의 매매에 관하여는 우선 매매가액을 정하고, 그 액에 상당하는 어음을 매수인으로부터 매도인에게 교부한 후, 후일 삼의 수수를 완료하기까지 매수인은 무조건으로 계약을 파기할 수 있음은, 고래로부터 지금에 이르기까지의 관행으로서, 원고는 위 관습에 기하여 위 매매를 파기하였다고 말하는 것이 명백하므로, 본소 상고인 청구의 취지는, 상고인은 1905년 음 9월 3일 삼포의 인도를 받기 위하여 현장에 갔지만, 삼질불량으로 그 인도를 거절하였다. 그리고 개성에서의 삼포의 매매에 관하여는, 우선 매매의 가액을 정하고 그 가액에 상당하는 어음을 매수인으로부터 매도인에게 교부하고, 후일 삼의 수수를 완료하기까지는 매수인은 무조건으로 계약을 파기할 수 있음은 고래로부터의 관습이며, 또한 인도의 거절은 관습상 당연히 그 계약해제의 의사표시로 볼 수 있으므로, 상고인은 위 관습에 기하여 본건 매매계약을 파기하였다는 취지에 귀착되고, 삼질불량이므로 운운으로 되어 있는 것은, 단지 상기 관습에 기한 해제권을 행사할 구실에 불과하고, 법률상 계약해제의 원인인 매매의 목적물에 숨겨진 하자가 있다는 취지로 한 진술이 아님은, 상기 상고인의 진술취지에 비추어 명백하므로, 상고인은 원심에서 오로지 전술한 관습에 기한 계약의 해제를 주장하고, 본건 매매의 목적물에 숨겨진 하자가 있으므로 법률상의 해제권이 있음을 주장한 것이 아니다. 따라서 원심이 상고인 주장과 같이 관습에 기하여 본건 계약이 해제되었는지의 여부의 점에 관하여만 설명하고, 매매의 목적물에 숨겨진 하자가 있기 때문에 상고인이 법률상 해제권을 행사하고, 이에 의하여 계약이 해제되기에 이르렀는지의 여부의 점에 설명을 하지 아니한 것은 당연하다. 요컨대 본 논지는 원심에서 주장하지 아니한 사실에 기하여 원판결을 비난하는 것에 불과하므로, 상고이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

63 토지소유권확인 및 증명말소절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제30호 1916년 3월 10일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서 국유미간지이용법 시행 이전에는, 민유가 아닌 황무지에 대하여는 누구라도 이를 개간종료함으로써 소유권을 취득하는 관습이 있다(상고이유 제1점).

1. 국유미간지이용법은 그 시행 이전에 이미 종료된 사실에 대하여는 그 효력이 소급되지 아니한다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 부산지방법원 진주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 윤상팔
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
【피상고인】 조성강

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 증명말소절차이행 청구사건에 관하여 1915년 12월 22일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주　문】

본건 상고를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은, 국유미간지이용법 시행 이전에 있어서는 미정리(未整理)의 국유지에 대하여 기간(起墾)에 의한 소유권취득의 관습이 존재한다는 취지를 판시하였다. 그러나 조선에서 고래 한 번도 그러한 관습이 존재한 일이 없다. 생각건대, 미정리의 국유지에 대하여 개인이 기간(起墾)을 한 경우에 있어서, 국가가 개인의 근로에 대하여 인허가에 의하여 그 토지의 소유권을 부여하는 것과 같은 것은 그 사례가 적지 아니하다고 하여도, 기간(起墾)에 의하여 개인이 당연히 그 소유권을 취득하는 것과 같은 관습은 과거에 존재하였음을 인정할 수 없다. 때때로 개인이 기간(起墾)을 하고 오랫동안 경작에 종사하고 관청에서 아무런 금지처분도 하지 아니한 사례가 있지만, 이것은 관청의 태만에 기한 것으로 마땅히 국법이 인정한 관습에 의한 것이 아니다. 설령 그와 같은 관습이 있다고 하더라도 이것은 명백히 조리에 위배하는 무효인 관습이라고 믿는다. 그런데 원판결에서 상기 관습의 존재를 인정한 것은, 위법하다.

살피건대, 조선에서 국유미간지이용법 시행 이전에 있어서는, 민유가 아닌 황무지에 대하여는 누구라도 이를 개간 종료함으로써 소유권을 취득하는 관습이 존재하였음은, 본원이 인정하는 바로서 원심판결에서 본건 계쟁지가 민유가 아닌 황무지라고 인정하고, 또한 피상고인이 계묘년(1903년)에 기간(起墾)하고 늦어도 1907년 국유미간지이용법 시행 전까지는 준공한 사실을 인정하여, 상기 관습에 의하여 소유권을 취득한다고 판정한 것은 상당하고, 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

조선에서 미정리의 국유지에 관하여 기간(起墾)에 의한 소유권취득의 관습이 존재한다고 가정한다면, 당해 관습은 국유미간지이용법 시행과 동시에 그 효력을 상실하게 된다. 같은 법 시행 이후에 있어서는 국유미간지에 관하여는 같은 법의 규정에 의하여, 대부의 허가를 받고 일정한 연한을 경과한 후 다시 그 부여를 받을 때에 비로소 소유권을 취득하게 된다. 같은 법 제14조에 3정보(9,000평)를 초과하지 아니하는 국유미간지의 이용에 관하여는, 당분간 구관습에 의하여 본법의 규정

에 의하지 아니할 수 있다는 취지의 예외 규정이 있다고 하여도, 본건 계쟁지의 면적은 37,019평 5합이 되므로 원래 같은 조의 적용을 받는 것이 아니다. 그렇다면 즉, 피상고인이 같은 법 시행 이전 기간(起墾) 준공한 사실이 있다고 하지만, 같은 법의 규정에 의하여 아무런 절차를 하지 아니한 이상은, 소유권을 취득할 리 없음은 명백함에도 불구하고, 원판결이 이와 상반되는 판단을 내린 것은 법규를 적용하지 아니한 불법이 있다.

살피건대, 국유미간지이용법의 규정은, 그 법률시행일 이후에 발생한 사실 또는 그 사실의 시기가 법률시행 이전이지만, 시행일 이후에 계속하여 아직 종료되지 아니한 것에 대하여 적용된다고 하여도, 그 시행 이전에 이미 종료된 사실에 대하여는 그 효력이 소급되지 아니하므로, 원판결에서 피상고인이 같은 법 시행 이전에 개간종료하고 관습에 의하여 소유권을 취득하였다고 판정한 이상은, 같은 법의 적용이 없고 따라서 같은 법 소정의 절차를 필요로 하지 아니한다. 원심의 판단은 상당하고 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 피상고인(피항소인)이 본건 토지를 미간지이용법 시행 전에 기간(起墾) 준공하였다는 인정사실에 대하여 원용하는 제반의 증거는, 모두 당해 사실을 증명할 효력을 갖는 것이 아니다. 즉, (1) 갑 제4호증인 증인신문조서의 증인 전중진(田中鎭, 다나까)의 증언, (2) 갑 제1호증의 기재는 모두 피상고인이 계묘년 경에 기간(起墾)한 사실을 증명하는 데 그치고, 그 준공의 사실을 증명하지 아니한다. (3) 증인 조준기, 조학규의 증언은 계묘년에 개간 존공한 사실을 증명할 수 있지만, 그 개간한 토지는 48두락이라고 하므로 240여 두락의 면적을 갖는 본건 토지 전부에 대한 증거력을 갖지 아니한다. 또한, (4) 갑 제5호증인 증인신문조서의 증인 이용화의 증언은 피상고인이 1903년경에 개간하고 전부의 개간을 종료한 것은 1907년경이라고 말하여, 개간종료의 연도는 명백하지만 그 월일이 판명되지 아니하므로, 과연 국유미간지이용법 시행시(1907년 9월 15일) 이전에 준공되었다는 사실을 단정할 수 없다. 그런데 원판결이 이상의 증거를 원용하여 상기 사실을 인정한 것은, 증거에 관한 법칙에 위배되는 불법이 있다.

살피건대, 원판결이 원용한 갑 제4호증{증인 전중진(田中鎭, 다나까)의 신문조서}에, “계쟁지는 원래 무주공지로 원고가 계묘년경 기간(起墾)한 이래 토지대장에 원고 명의로 기재되어 있을 뿐만 아니라, 매년 원고가 당해 토지의 세금을 낸 사실이 있으므로, 원고의 소유라고 말하는 것이다”라는 기재가 있다. 갑 제5호증(증인 이용화의 신문조서)에 “원래 위 계쟁지는 원고가 1903년경에 개간하고 … 전부의 개간을 종료한 것은 1907년경이다”라는 기재가 있다. 이러한 증거와 그 밖의 원심원용의 증거를 종합하여, 원판결문 기재와 같이 늦어도 1907년 국유미간지이용법 시행 전까지는 개간을 준공하고 그 소유권을 취득하였음을 인정하지 않을 수 없는 것이므로 원심의 판단은 위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

이상의 설명에 의하여 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

64 토지소유권확인 및 강탈물반환에 관한 건 〔대정4년민상제293호 1916년 3월 14일 판결〕

【판결요지】

1. 처가 중요한 법률행위를 함에 있어서는 부(夫)의 허가를 받아야 하지만, 유증을 함에 있어서는 부(夫)의 허가를 받을 필요가 없음은 조선에서의 관습이다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 이종옥
소송대리인 김의균
【피상고인】 고학윤

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 강탈물반환 청구사건에 관하여 1915년 10월 22일 대구복심법원이 선고한 판결의 일부에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 동산인도에 관한 항소기각의 부분을 제외한 나머지 원판결을 파기한다.

제1심판결 중 토지소유권의 확인을 명한 부분 및 본당사자 간에 선고된 소송비용부담의 부분을 폐기한다.

피상고인의 토지소유권확인청구는 이를 기각한다.

소송비용은 제1심, 제2심 및 상고심 부분 모두 10분하여 그 9분을 피상고인, 그 1분을 상고인이 부담하여야 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 관습을 오인한 위법이 있다. 원판결에서는 "조선에서는 처는 부(夫)에 대하여 절대로 복종하여야 하고, 처에 대한 부(夫)의 권력은 매우 강대하여 처의 행위능력은 극단적으로 제한되고, 제반 사항을 거의 부(夫)의 허가를 받아야 한다. 적어도 본건과 같이 중요한 부동산의 무상처분과 같은 중대한 행위에 관하여 부(夫)의 허가가 필요함은 현저한 종래의 관습이고, 그와 같이 부(夫)의 허가를 받아야 하는 사항임에도 불구하고, 처가 독단적으로 이를 하였을 때에는 그 법률행위는 부(夫)가 이를 취소할 수 있는 권리가 존재하는 것도 역시 관습상 현저한 바이다"라고 인정하였다. 즉, 본건 부동산을 원래의 소유자인 최우진이 상고인에게 유증함에 있어서는, 그 부(夫)인 피상고인의 허가를 받아야 함은 관습상 현저한 사실이라고 인정하였지만, 위와 같은 관습은 조선에서는 일정하지 아니하다. 즉, 상류사회에서의 부처, 중류사회에서의 부처, 하류사회에서의 부처, 후혼(後婚)에서의 부처, 재혼에서의 부처의 각 재산에 대한 부(夫)의 권력관계가 일정하지 아니하다. 상류사회는 부처 모두 제1회의 혼인으로 처의 특유재산이 있

는 경우에는, 그 처분에 관하여 부의 구속을 받는다. 그러나 중류 이하 하류의 사회에서는 처의 특유재산에 관하여는 따로 부처 간의 계약이 없다 하여도, 처는 부의 허가를 필요로 하지 아니하고 단독으로 그 처분을 함은 조선에서의 관례이다. 그리고 부처재혼의 경우 가장 노년의 재혼인 경우의 관계는, 특히 부(夫)의 권력이 박약하고 그 박약함은 조선 전반에서의 관례가 동일하다. 그리고 이 경우에 있어서의 노부인의 특유재산은, 부(夫)의 허가를 필요로 하지 아니하고 처가 임의로 처분하거나 처리하는 것은 현저한 관습이므로, 본건 상고인 및 최우진은 노년이고 1913년 구(舊) 1월경 서로 재혼한 것임은 원심에서 인정하면서, 이 경우에 있어서의 부의 권력이 더 강대하여 그 특유재산을 처분함에는 부의 허가가 필요하다고 판단한 것은 관습을 오인한 판결임을 면할 수 없다.

또한, 상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 취소권을 불법하게 인정한 판결이다. 원래 부처의 관계는 일방의 사망에 이르기까지 계속되는 것으로, 일방이 사망할 때에는 동시에 부처의 관계도 역시 소멸함은 법리상 명백하다. 그리고 최우진이 1914년 1월 29일 사망하였음은 일건 기록 및 당사자 간 다툼이 없는 바이고, 피상고인이 최우진의 유증의 행위를 취소한다는 의사를 표시한 것은, 원심 기록의 1915년 10월 15일의 구두변론조서 중 피상고인이 “만일 본건에 관하여 유증이 있다고 하면 부(夫)인 피항소인은 본소에서 그 취소의 의사를 표시한다”는 취지의 진술에 의하여 명백하다. 그런데 원심에서 본건에 관하여, 최우진의 부(夫)인 피항소인(피상고인)이 상기 제2에 든 답(畓) 11두락의 유증(유증은 원판결에서 인정하였다)에 관하여 처가 한 법률행위의 취소를 한 것은 유효하고, 이에 의하여 망 최우진이 항소인(상고인)에 대하여 한 제2 설시의 본건 부동산의 유증은 그 효력이 상실된다고 하여, 처가 처의 특유재산에 관하여 처분행위를 한 것을 처의 사망 후에도 부가 이를 취소할 수 있는 것과 같이 판단하였다. 그러나 제1에서 설시한 것과 같이 본건 피상고인은 최우진이 특유재산에 관하여 한 처분에 대하여 취소권을 갖지 아니할 뿐만 아니라, 그 권한이 있다고 가정하여도 부의 처에 대한 권력관계는 처가 생존하기까지 계속하는 것이고, 일방이 사망한 때에는

그 관계는 동시에 소멸하는 것이므로, 피상고인은 최우진의 부(夫)로서 처의 처분행위에 대한 취소권은 처의 생존 중 부부관계가 소멸되지 아니한 때에 존재하고, 부부관계가 소멸된 때에는 취소권도 역시 동시에 소멸하므로, 그 처분행위에 대하여 취소할 수 없음은 조리상 명백하다. 왜냐하면, 부가 처의 행위를 취소하여도, 역시 부가 처에 대한 부(夫)인 관계로부터 발생하는 권력행사의 결과이기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 원심은 피상고인이 그 처의 사망 후 부부의 관계가 소멸하고 취소의 권한이 없음에도, 그 권한이 계속되는 것과 같이 그 취소의 행위를 유효로 판단한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 조선민사령 제11조에 의하면, 같은 령 제1조의 법률 중 능력, 친족 및 상속에 관한 규정은 조선인에게 이를 적용하지 아니하고, 그 사항에 관하여는 오로지 관습에 의한다고 되어 있다. 그리고 유증은 민법 상속 중에 이를 규정하므로, 조선인인 처가 한 유증에 관하여는, 위 민사령 제11조의 규정에 의하여 조선의 관습에 따라 그 효력을 정하여야 한다. 그리고 조선의 관습에 의하면, 처는 중요한 법률행위를 함에 있어서는 부의 허가를 받아야 하므로, 부의 허가 없이 한 때에는 부가 그 법률행위를 취소할 수 있다고 하여도, 처가 그 소유재산을 유증함에 있어서는 부의 허가를 받을 필요가 없다. 왜냐하면, 유증은 사망에 임하여 그 소유재산을 처분하려는 경우가 많으므로, 부의 허가를 받을 여유가 없음은 물론, 부부관계는 사망에 의하여 소멸되고 유증은 사망에 의하여 그 효력이 발생되므로, 유증의 효력이 발생할 때는 즉, 부부관계의 소멸시로서, 처가 임종시 자유롭게 그 소유재산을 유증할 수 있음은 인생의 지정(至情)에서 나오는 온당한 조치이므로, 처가 유증을 함에 있어서는 부의 허가를 받을 필요가 없다고 하는 것이다. 따라서 부는 처가 한 유증에 관하여는 허가를 받지 아니하였다고 하여 그 유증을 취소할 수 없다. 그런데 원판결을 보면, 원심은 피상고인의 처 최우진이 그 소유의 계쟁 답 11두락을 상고인에게 유증한 사실을 인정함에도 불구하고, 처는 유증을 하는 데에도 부의 허가를 필요로 하는 관습이 있다고 오해하여, 상기 유증은 부인 피상고인의 허가를 받지 아니하였다고 하고, 피상고인이 한 그 취소를 시인하여 위 답 11두락은 최우진의 유산상속인으로 부(夫)인 피상고인이

그 소유권을 취득한다는 취지를 판시하고, 피상고인의 청구 중 당해 답 11두락의 소유권확인청구를 정당하다고 하여, 이 점에 관한 상고인의 항소를 기각한 것은, 위법한 판결로서 상고논지는 그 이유가 있고 원판결은 파기를 면할 수 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로, 원판결 중 피상고인의 답 11두락의 소유권확인청구를 시인한 점에 관한 일부를 파기하고, 또한 사건에 관하여는 바로 재판을 할 수 있으므로 제1심판결 중 위 동일 부분을 폐기하고 피상고인의 위 청구는 이를 기각하기로 한다. 따라서 나머지의 상고논지에 대하여 설명을 할 필요가 없으므로 민사소송법 제447조, 제451조, 제78조, 제73조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

65 산지소유권확인 및 인도청구에 관한 건
〔대정4년민상제309호 내지 311호 1916년 3월 17일 판결〕

【판결요지】

1. 소송에서의 권리관계가 합일로만 확정하여야 하는 경우에, 그 공동소송인 중의 1인 또는 수인에게 소송절차가 중단되는 원인이 발생할 때에는 다른 공동소송인에 대하여도 소송절차중단의 효력이 발생한다.

【제 1 심】 부산지방법원 진주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 문병희 외 15인
소송대리인 정구창
【피상고인】 이상진 외 2인

위 당사자 간의 산지소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1915년 10월 29일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인 등으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 및 원심에서의 소송절차를 파기한다.

본건 항소는 이를 기각한다.

항소심 및 상고심에서의 소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

본소 산지소유권확인 및 인도 청구에 관하여 부산지방법원 진주지청이 선고한 판결에 대하여 항소인 등(상고인)은 공동 항소인 문길호와 함께 1915년 2월 4일 대구복심법원에 항소의 제기를 하였다(제2심 항소장 참조). 그리고 그 후 또 동인 등은 1915년 2월 3일 위 사건에 관하여 소송행위를 변호사 문봉의에게 위임하고(제2심 변호사 문봉의에 대한 위임장 참조), 동 대리인이 그 후 소송행위를 하였다. 그러나 위 당사자 중 문길호라는 자는 1914년 12월 29일 사망(상고대리인 제출의 문길호에 대한 민적부의 인증등본 참조)하였으므로, 그 사망과 함께 소송절차는 중단되어야 하고, 그 승계인이 소송절차의 수계절차를 하지 아니하는 한, 누군가 사망자인 문길호의 명의를 이용하여 항소장을 제출하거나 변호사에게 위임하여 제2심에서 소송행위를 한 행위는 모두 무효임을 면할 수 없다. 따라서 이에 기하여 이루어진 원심 소송절차는 원심 항소인 문길호에 대하여는 물론, 그 밖의 항소인 즉, 상고인 등에 대한 소송절차 전부 및 그 판결은 모두 부적법하다고 말하여야 한다. 왜냐하면, 본소 청구원인은 본소 산지가 상고인 등의 공유이므로, 상고인 등으로부터 피상고인 등에 대하여 본소 계쟁 산지의 소유권이 상고인 등에게 속한다는 것을 확인하고, 또한 인도하여야 한다는 것이므로, 그 청구는 당해 산지가 피상고인 등의 공유라는 사실에 기한 것이고, 그러한 경우에 상고인의 전원에 대하여 각각 다른 판결을 할 수 없고 그와 같은 경우에 소송의 권리관계는, 상고인 등 및

원심 항소인 문길호 그리고 제1심 원고 중 문길호와의 전원에 대하여 합일로만 확정되어야 한다. 따라서 원판결 중 항소인 문길호에 대한 소송절차의 중단은 그 전원에 대한 소송절차의 중단이 된다고 결론짓지 않을 수 없다. 그리고 위와 같은 것은 직권으로 조사하여야 하는 사항임에도 불구하고, 원심이 이를 하지 아니하였음은 필경 전부 파기를 면하지 못하는 불법한 판결이다.

살피건대, 본건에서 원고인 상고인 등의 주장은 계쟁지 소재의 산지는 지금으로부터 500여 년 전 상고인 등의 선조 문익점이라는 자가 이조에 훈공을 세웠기 때문에 강성군의 칭호를 하사받고, 또한 추념(追念)을 위하여 당시의 국왕으로부터 국상의 예로서 봉분됨과 동시에 그 묘지로 하사받은 산지로서, 그 후 문익점의 자손인 상고인 가(家) 일문의 공유가 된 사실을 기본으로 하여, 피상고인 등은 상고인에 대하여 계쟁 산지의 공유권을 확인하고, 또한 이를 인도하라는 것이다. 그와 같은 소송에서 권리관계는 원고인 공동소송인 전원에 대하여 합일로만 확정하여야 하는 것이라고 말하여야 한다. 그리고 본건 기록에 관하여 조사하건대, 1915년 2월 8일 상고인 등 및 1심 공동원고인 문길호의 이름으로 대구지방법원 진주지청에 항소장이 제출되었고, 같은 해 같은 달 3일부로 상기의 자로부터 변호사 문봉의에게 소송위임을 하였으며, 이후 문봉의 및 복대리인인 변호사 김응섭이 항소심에서의 소송행위를 하고, 원심에서의 판결을 얻기에 이르렀다. 그런데 문길호는 1심판결 후 1914년 12월 29일 사망한 것은 민적부의 등본에 비추어 명확하므로, 동인에 대한 소송절차는 같은 날로 중단되고 승계인이 수계를 한 흔적이 없고, 또 본건의 권리관계는 합일로만 확정하여야 하는 것임은 상기와 같으므로, 문길호에 대한 소송절차의 중단은 상고인 등 전원에 대한 소송절차의 중단이 된다. 그렇다면 민사소송법 제186조 제2항의 적용에 의하여 상고인 등이 한 항소장 제출 이후의 소송행위는 전부 무효가 된다. 그런데 원심이 이에 기하여 판결을 한 것은 위법하고 원판결은 이 점에서 파기되어야 하므로, 다른 상고논지에 대하여 설명을 생략한다.

이상 설명한 것과 같이 원심이 본건 항소를 수리하고 심리판결을 한 것은 위법하므로, 민사소송법 제447조에 의하여 원심의 소송절차의

전부 및 원판결을 파기하고, 같은 법 제451조 제1호에 의하여 본건 항소를 기각하며, 소송비용에 관하여는 본건 소송행위의 무효는 상고인 등이 항소를 제기한 것에 기인하므로, 그 이후의 소송비용은 상고인 등이 부담하여야 한다. 이에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

66 친권, 재산관리권상실청구에 관한 건 〔대정5년민상제10호 1916년 3월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 친권자가 그 친권에 복종하는 유아의 재산을 매각하거나 유아 명의의 부동산을 자신의 소유명의로 개서하거나 양자인 유아의 실부(實父)에 대하여 파양에 동의할 것을 구하는 소송을 제기하여도, 그 유아의 재산을 보전하고 그 이익을 옹호하는 목적으로 한 것일 때에는, 이와 같은 행위가 있는 것만으로 유아의 재산을 위태롭게 한다고 할 수 없다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 현소사
소송대리인 길무번(吉武繁, 요시다케)
【피상고인】 이금자

위 당사자 간의 친권, 재산관리권상실 청구사건에 관하여 1915년 11월 18일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결취지에 의하면, 피상고인은 그 양자 김응순의 소유가옥, 소를 친족의 동의를 얻지 아니하고 독단으로 매각하고, 또한 같은 사람 소유의 답 30두락을 함부로 피상고인 명의로 개서한 것 및 김응순의 실부 김상윤에 대하여 김응순 파양절차동의청구의 소송을 제기하는 등의 부당행위에 대하여, 피상고인은 상고인 및 김상윤에 대하여 대항예방책으로 한 것으로, 주로 김가(金家)의 재산보호를 위하여 한 것이고, 또한 이에 의하여 항소인이 김가(金家)의 재산을 위태롭게 한 흔적도 인정할 수 없다고 변명한다고 하여도, 가옥, 소를 매각한 사실은 이미 재산을 소멸시킨 것이 아닌가, 답 30두락의 명의를 변경한 것은 이미 장래 자유처분을 용이하게 하여 재산을 위태롭게 한 것이 아닌가, 이에 더하여 적어도 양자에 대하여 파양을 기도한 이상 피상고인은 친권자의 지위로서 양자에 대하여 교육감호의 의사가 없음은 물론, 장래 일가원만하게 양자로 하여금 완전히 김가(金家)의 상속인이 되게 함을 희망하지 아니함은 명백하다. 이것은 김가(金家) 일동(一同)의 한사(恨事)가 되는 바가 아닌가, 따라서 그와 같은 부당불법행위가 있는 피상고인으로 하여금 재산관리권을 상실시키는 것은 당연한 이치이다. 그런데 원심은 위와 같은 행위에 대하여 그 조치가 다소 온당하지 아니하다고 하여도 김가(金家)의 재산을 보호하기 위하여 한 것이고, 또한 이에 의하여 김가(金家)의 재산을 위태롭게 한 것이 아니라고 한 것은, 이유불비의 위법판결임을 면할 수 없다.

살피건대, <u>친권자인 모가 그 친권에 복종하는 유아의 재산을 매각하여도, 유아의 재산을 보전하고 그 이익을 옹호할 목적에서 나온 것일 때에는, 단지 그 재산매각의 한 가지 일로서 유아의 재산을 위태롭게 한다고 할 수 없음</u>은 물론, 친권자가 유아의 명의로 된 부동산을 자신의 소유로 명의를 개서하거나 그 유아가 양자로서 친권자인 양모가 유아의 실부에 대하여 양자의 파양에 동의할 것을 구하는 취지의 소

송을 제기하여도, 이러한 행위가 그 실부가 유아의 재산을 불리하게 양도하는 것과 같은 부당한 행위가 있기 때문에, 오로지 그 대항방어의 수단으로써 행한다면 친권자가 유아의 불리를 꾀할 의도가 없고, 오히려 그 재산을 보호하려는 취지에서 나온 때에는 이 역시 유아의 재산을 위태롭게 한다고 할 수 없음은 두말할 필요가 없다. 그리고 원판결은 그 이유에 기재된 제반의 증거에 의하여 상고인(피항소인)이 피상고인(항소인)의 망부(亡夫) 김상수의 계모로서 소외 김상윤은 상고인 망부(亡夫)의 조카 즉, 김상수의 4촌에 해당하고, 상수는 사자(嗣子) 없이 사망하여 피상고인은 상윤의 자 응순(당년 11세)을 양자로 하여 상수를 상속시킨 것인데, 상고인은 김상세라는 실자(實子)가 있고, 상수의 유산을 이에 분여하려고 하지만, 피상고인은 이를 받아들이지 아니하고, 또한 김상윤은 응순의 실부인 관계에 있으므로 먼저 피상고인에게 부탁하여 자신의 채무를 변제시켰음에도 불구하고, 다시 거액인 자신의 채무변제를 부탁하였지만, 피상고인을 위하여 거절되었기 때문에 상고인 및 상윤과 피상고인과의 사이에 화합을 결(缺)하고 결국 서로 반목하기에 이른 사실 및 피상고인이 문산리의 가옥 및 소를 매각한 것은 상기와 같이 상고인 및 김상윤 등으로부터 부당한 요구를 받고 분쟁이 계속되므로, 피상고인은 이를 피하고 또한 김가(金家)의 재산을 보호하기 위하여 고향 문산을 떠나 경성으로 나오고, 다른 친족의 보호를 받기 위하여 한 것으로 그 후 항소인은 위 매득금의 대부분을 차임으로 쓰고 경성에 임차하고 있는 점 및 피상고인이 김응순의 답 30두락을 자신의 소유명의로 개서하거나 김상윤에 대하여 양자파양절차동의청구의 소를 제기한 것은, 이보다 앞서 상윤이 김응순을 자가로 데리고 가 양가로 돌려보내지 아니하여, 오히려 동인을 자신의 지배하에 두고 마음대로 그 재산을 처리하고 김가의 불리를 고려하지 아니하는 것과 같은 정세가 명백하기 때문에, 피상고인은 오로지 그 대항예방책으로서 한 것이고, 상기 답을 함부로 달리 매각하려고 꾀하거나 김응순에 대하여 악감을 갖는 것이 아님을 인정하여 피상고인의 상기 각 행위는 주로 김가(金家)의 재산을 보호할 목적에서 나온 것으로, 피상고인이 김가(金家)의 재산을 위태롭게 한 흔적이 인정되지 아니하는 취지를 판단하여 상고인의 본소 청구를 배척한 것이

라면, 원판결은 상당하고 피상고인의 행위는 김응순의 재산을 위태롭게 하고 그 불리를 꾀하려는 것이라는 본 논지는 결국 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것에 귀착하여 적법한 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결판지 중 피항소인(상고인)은 김상세라는 실자가 있고 상수의 유산을 이에 분여하려고 하지만, 항소인(피상고인)은 이를 긍정하지 아니하였다고 한다. 원래 김상수는 자식이 없이 사망함으로써 김가(金家) 상속인이 없고 김가(金家)의 친족협의의 결과 김응순이라는 자를 양자로 하여 김가 본가의 상수의 상속인으로 한 것이고, 그 당시 본가재산 즉, 김응순 재산, 2남 김상세 즉 분가재산으로 분재하고, 각각 명의를 변경하여 각자 소유하기에 이르렀다. 그로 인하여 상고인이 김가 본가인 응순의 재산을 분가인 상세에게 분여하려고 하는 것이 아닐뿐만 아니라, 원래 상수에게 유자(遺子)가 없어 2남 상세가 전부 재산의 상속을 하게 됨에도 불구하고, 응순을 상수의 양자로 하여 김가 본가를 상속시켜 분여한 것이다. 그러하기 때문에 상고인이 상수의 유산을 상세에게 분여하려고 기도한 것은 절대로 없다. 그와 같은 일을 판지 중에 원용한 것은, 이것은 전적으로 허무의 사실을 증거로 원용하고 법칙을 부당하게 적용한 위법을 면할 수 없다.

살피건대, 제1심 증인 김응덕의 신문조서를 보건대, 원고(상고인, 피항소인)는 피고(피상고인, 항소인)의 계모로서 김상세라는 실자가 있다. 위 김상세는 먼저 재산의 분배를 받았으면서, 원고는 피고에 대하여 재산의 분배를 요구한 것에 대하여 피고가 거절하였으므로, 원・피고가 불화가 되었다는 진술의 기재가 있다. 제2심 증인 김선호의 신문조서에는, 피항소인(상고인)은 항소인(피상고인)의 계모이다 …, 피항소인은 김상세를 낳고 동인에게 재산을 물려주려고 기도하여 항소인과 불화가 되었다는 진술기재가 있다. 이러한 진술기재를 원심이 원용하는 그 밖의 증거와 종합하면, 원판결 인정과 같이 상고인은 김상세인 실자가 있고 이에 김상수의 유산을 분여하려는 것을 피상고인이 이를 받아들이지 아니하므로 불화가 되고, 서로 반목하기에 이른 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이를 그러하지 아니하다고 하여 원판결을 비난하는 본 논지는 원심의 직권에 속하는 사실인정 및 증거의

취사판단을 비난하는 것에 불과하고, 상고적법의 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

67 보증채무이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제25호 1916년 3월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 수취인이 없는 채권증서를 교부한 때라고 하여도 항상 그 채무자 및 보증인 등이 채권자로 하여금 언제라도 그 채권을 타에 양도하는 것을 사전에 승낙한 것으로 인정하여야 하는 이유는 존재하지 아니한다(상고이유 제1점).

1. 채권자가 채무자의 승낙 후 수취인이 없는 채권증서에 타인의 씨명을 기입한 경우에, 경개로 인정해야 하는지 채권양도로 인정해야 하는지는 오로지 사실에 의하여 결정하여야 한다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 매미선평(妹尾善平, 세노오)
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미)
【피상고인】 대하희삼랑(大賀喜三郎, 오오가) 외 1인

위 당사자 간의 보증채무이행 청구사건에 관하여 1915년 12월 7일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

소외 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 소외 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)으로부터 금 500원을 빌리고, 피상고인 등이 그 채무의 보증을 한 사실, 갑 제1호증 차용증서는 수취인 및 이자의 기입을 제외하고 피상고인 복지의작(福地義作, 후쿠찌)이 기재한 사실, 대목축송(大木丑松, 오오끼)은 당해 증서를 수취인의 기재가 없이 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)에게 제출한 사실 및 후일에 이르러 '수취인의 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라는 문자는 피상고인 등 2명 및 대목축송(大木丑松, 오오끼)의 승낙 후 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 인정한 사실'(원판결 사실적시 말단)이라는 것은, 원심에서 피상고인 등이 인정하는 바이다. 과연 그렇다면 원심인정과 같이 갑 제1호증 작성당시에 있어서는, 그 소비대차는 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)과 대목축송(大木丑松, 오오끼) 간에 성립한 사실이 되지만, 채권자가 채무자의 승낙을 얻어 당해 차용증에 수취인을 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라고 기재하고, 이를 상고인에게 교부한 시기에 있어서 채권양도의 효력이 발생하며, 이후 상고인이 대목축송(大木丑松, 오오끼)에 대한 채권자가 된다. 그리고 피상고인 등의 보증채무는 종된 성질상 역시 상고인의 채권에 대한 담보가 된다고 말하지 않을 수 없다. 왜냐하면, 본건과 같이 주채무자, 보증인 등이 수취인을 기재하지 아니하고 차용증서를 채권자에게 제출한 경우에 있어서는, 채무자 등은 처음부터 채권자가 누군가라는 것에 중점을 두지 아니하고, 채무자로 하여금 언제라도 가장 간이한 방법으로 그 채권을 달리 양도할 수 있음을 사전에 승낙한 것이므로, 법원은 증거법의 원칙에 따라 당사자의 의사를 존중하여 증서를 가능한 한 유효적으로 해석하여야 한다. 따라서 전술한 것과 같이 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 채무자의 승낙 후에 당초의 차용증서에 상고인의 씨명을 기재하고 이를 상고인에게 교부한

것은 채권양도의 절차에서 이의를 제기하는 것이고, 상고인은 적법하게 본건 채권을 취득하였다. 따라서 원판결이 피상고인 등이 자인하는 사실로부터 당연히 발생하는 것과 같은 법률상의 효과를 무시하고, 상고인의 청구를 배척한 것은 위법하다.

살피건대, 원심구술변론조서(1915년 11월 12일)에 피항소대리인의 신청으로서 제2심 변론조서 중(1914년 11월 24일부 구술변론조서 중의 항소대리인의 신청에 해당한다) 갑 제1호증은, 복지의작(福地義作, 후쿠찌)이 이를 인정하고, 이를 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 지참하였으며, 항소인(상고인)은 동인에게 대여하고 갑 제1호증 중의 일보 금 9전과 수취인의 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라는 문자는, 피항소인 등 2명 및 대목축송(大木丑松, 오오끼)은 승낙 후 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 인정한 것이라는 부분을 원용한다고 기재하였으므로, 일견 피상고인이 갑 제1호증의 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라는 수취인의 기입을 피상고인 등이 승낙 후 하게 한 것임을 인정하는 것과 같이 보인다고 하여도, 피상고인은 원심에서 제1심판결서 기재의 사실과 동일한 취지의 신청을 한 것이고, 제1심판결서 중 피고(피상고인)의 신청으로서 갑 제1호증은 축송(丑松)으로부터 전지원(前之園, 마에노소노)에게 제출된 것이며, 원고(상고인)에게 제출된 것이 아니라고 말하고, 같은 호증의 수취인 및 "일보 9전"의 금 9전의 기재를 부인한다고 적시하고 있으며, 또한 피상고인은 원심에서 갑 제1호증 중 "일보 9전"이라는 부분 및 "매미선평(妹尾善平, 세노오)"이라는 부분을 제외하고 전부 성립을 인정하고 입증의 취지를 부인한다는 신청을 하였을 뿐만 아니라, 원래 피상고인은 본건의 대차는 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)과 대목축송(大木丑松, 오오끼)과의 사이에 성립한 것으로, 상고인과 대목축송(大木丑松, 오오끼)과의 사이에 성립한 것이 아니라는 항변을 하여 온 것에 근거하여 본다면, 피상고인이 원심에서 상기 조서 중에 있어서의 항소대리인의 신청을 원용한 것은, "갑 제1호증은 복지의작(福地義作, 후쿠찌)이 이를 인정하고 이를 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 지참하여 항소인은 동인에게 대여하고"라는 부분을 원용한다는 취지임이 저절로 명백하다. 따라서 채권자가 채무자의 승

낙을 얻어 갑 제1호증에 수취인을 “매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하” 라고 기재한 것이 피상고인이 인정하는 바라는 취지의 논지는 사실에 부합하지 아니한다. 상고인은 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)과 상고인과의 사이에 채권양도의 효과가 발생한다고 논하지만, 위와 같은 것은 원심에서 상고인이 주장하지 아니한 것이고, 그 주장은 단지 본건의 주된 채권은 상고인과 대목축송(大木丑松, 오오끼)과의 사이에 성립하고, 피상고인이 그 보증을 하였다는 것이며, 피상고인은 갑 제1호증의 주된 채권은 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)과 대목축송(大木丑松, 오오끼)과의 사이에 성립한 것이라는 항변을 함으로써, 이에 대하여 원심은 “본건에서의 피항소인이 보증한 주채무는 소외 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 엽인초(葉烟草) 경작의 자금으로서 인초제조업자인 소외 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)으로부터 금 500원을 빌린 것으로 …, 항소인과 소외 대목축송(大木丑松, 오오끼) 간에 갑 제1호증에 의한 소비대차가 성립한 것이 아니라고 인정하는 것이 상당하다”고 판정한 것으로, 소론의 채무자 등은 처음부터 채권자가 누구인가에 중점을 두지 아니하고, 채권자로 하여금 언제라도 가장 간이한 방법으로 그 채권을 달리 양도할 수 있음을 사전에 승낙하였다는 사실은, 원심에서 인정하지 아니할 뿐만 아니라, <u>수취인 없는 채권증서는 항상 채무자 및 보증인 등이 채권자로 하여금 언제라도 그 채권을 타에 양도할 수 있음을 사전에 승낙한 것이라고 인정하여야 할 이유가 없음은 물론</u>이므로, 위 논지도 이유가 없다. 요컨대, 본 논지는 원심에서 확정된 이외의 사실을 근거로 하여 원판결의 사실인정을 비난하는 것이므로, 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결에 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 대목축송(大木丑松, 오오끼)의 승낙을 얻어 갑 제1호증의 수취인을 매미선평(妹尾善平, 세노오)으로 기재한 사실을 부정하였다. 그러나 원판결 사실적시 말단에 명백한 바와 같이 피상고인 등 대리인은 제2심 구술변론조서 중 “항소대리인이 갑 제1호증은 복지의작(福地義作, 후쿠찌)이 인정하고, 이를 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 지참하여 항소인은 동인에게 대여하였으며, 갑 제1호증 중의 일보 9전과

수취인의 매미선평(妹尾善平, 세노오) 귀하라는 문자는, 피항소인 등 2명 및 대목축송(大木丑松, 오오끼)은 승낙하고 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 인정한 것이라고 신청한 부분"을 원용하였다. 그렇다면 원판결은, 당사자 간에서 일치된 사실에 반대되는 사실인정을 한 것으로, 우리 민사소송법의 원칙인 당사자 처분권주의에 반대되는 위법이 있다.

살피건대, 원심에서 피상고인이 항소대리인의 신청을 원용한 것은 "갑 제1호증에 복지의작(福地義作, 후쿠찌)이 이를 인정하고 이를 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)이 지참하여 항소인은 동인에게 대여하고"라는 부분을 원용한다는 취지임은, 상고이유 제1점에서 설시한 것과 같으므로, 원심이 "증인 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)의 진술 및 을 제2호증 중의 대목축송(大木丑松, 오오끼)의 승낙을 얻어 갑 제1호증에 수취인을 매미선평(妹尾善平, 세노오)이라고 기재한 취지의 진술은 신용하지 아니한다"고 판단한 것은, 당사자 간에 다툼이 없는 사실에 대하여 이와 반대되는 사실의 인정을 한 것이 아니므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 "갑 제4, 6호증에 의하면, 주채무자 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 항소인에 대한 채무의 존재를 시인한 것과 같다고 하여도, 그 당초에 있어서의 채무관계의 성립이 상기 인정과 같은 이상은, 가령 증인 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)의 진술과 같이 주채무자인 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 승낙한 후 증서의 수취인으로 항소인의 씨명을 기입하고, 이를 항소인에게 제출하여 채무자의 교체에 의한 채무의 경개가 있다고 하여도 보증인인 피항소인이 이에 관여한 아무런 증거가 없으므로, 이것은 단지 주채무자에 대하여 주채무에 관하여 그 효력이 발생하는 데 그치고, 경개계약의 당사자가 아닌 보증인의 전 채권자에 대한 보증의무의 이전을 초래한다고 말할 수 없고 경개에 의하여 전 채권자의 채권이 소멸됨과 동시에 보증채무도 역시 당연히 소멸하게 된다면, 이후 주채무자가 채권자를 항소인으로 변경한 것을 시인하여도 보증인인 피항소인에게 대항할 효력이 없으므로, 상기 갑 제4, 6호증은 항소인의 유리한 증거로 하기에 부족하다"

라고 판시하였다. 그러나 본건과 같이 채무자 등이 당초부터 수취인 없이 차용증서를 채권자에게 제출하여 둔 경우에 있어서는, 채권자 한 사람이 채권관계의 요소를 구성하는 것이 아니므로, 신채권자를 수취인으로 기재하는 것은 채권관계를 그대로 존속시켜, 이를 신채권자에게 이전하는 당사자의 의사임이 명백하고, 결코 구채무를 소멸시켜 다시 새로운 채권을 창설할 의사가 아니므로, 채권양도의 효력이 발생하여도 결코 경개가 성립하지 아니한다. 그리고 채권양도의 경우에 보증채무가 종된 것으로 주채무와 함께 이전하는 것은 두말할 필요가 없다. 그렇다면 원판결이 “주채무자가 채권자가 상고인으로 변경되었음을 시인하여도 보증인인 피상고인 등에게 대항할 효력이 없다”라는 이유로 갑 제4, 6호증의 증거력을 부정한 것은 오류가 있는 이론에 기하여 재판을 한 위법이 있다.

살피건대, 채무자가 당초 채권자에게 채권자의 수취인의 이름이 없는 채권증서를 교부하여 두고 후에 이르러 채무자 승낙 후 채권자가 타인의 씨명을 수취인의 부분에 기입하는 경우에, 이를 경개로 인정하여야 하는지 또는 채권양도로 인정하여야 하는지는 오로지 각 사실에 의하여 이를 결정하여야 하는 것으로 소론과 같이 바로 위의 경우로 채권관계를 그대로 존속시키고 이를 신채권자에게 이전하는 당사자의 의사라고 인정하여야 하는 것이 아니다. 그렇다면 원심이 갑 제4호증, 갑 제6호증에 의하면, 대목축송(大木丑松, 오오끼)이 상고인에 대한 채무의 존재를 인정한 것 같다고 하여 설령 이를 인정하였다고 하더라도 증인 전지원심좌위문(前之園甚左衛門, 마에노소노)의 증언에 의하면 그 관계는 채권자의 교체에 의한 경개의 사실이 있다고 인정하여야 하는 것으로서 갑 제4호증, 갑 제6호증은 보증인인 피상고인에 대한 본건 청구에 관하여 상고인을 위하여 유리한 증거가 되기에는 부족하다고 설시한 것은 상당하며, 위법이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

68 수목소유권확인·인도 및 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제24호 1916년 3월 11일 판결〕

【판결요지】

1. 동일 소유자로부터 동일 입목을 매수한 甲, 乙 양자 간에 그 입목의 소유권을 서로 다투면서 후에 매수한 자보다 먼저 매수한 자의 매매는 이미 해제되었다고 주장한 경우에, 단지 그 매매성립의 전후만에 의하여 소유권의 유무를 판정하고, 그 해제의 유무에 관하여 판단을 하지 아니함은 중요한 쟁점에 대하여 판단을 하지 아니한 위법이 있다.

【제 1 심】 해주지방법원

【제 2 심】 평양복심법원

【상고인】 이병두

소송대리인 정구창

【피상고인】 정창영

보조참가인 하성용

위 당사자 간의 수목소유권확인·인도 및 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 10월 29일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 “당심의 소송비용 중 피항소인의 궐석에 의하여 발생한 부분은 피항소인의 부담으로 한다”라는 부분을 제외한 나머지 부분을 파기하고, 본건을 평양복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건에서 상고인은 그 청구의 원인으로서 상고인이 소외 청풍김씨(대표자 김유홍)로부터 본소 수목을 매수함으로써 그 소유권을 취득하였다고 주장하고, 그 소유권확인 및 인도, 손해배상의 청구를 하였으며, 피상고인은 그 항변으로서 피상고인이 계쟁 수목을 청풍김씨로부터 매수함으로써 그 소유권을 취득하였으므로 상고인의 청구는 부당하다고 항변하였음은, 원판결전문 및 원심의 각 변론조서에 의하여 명백하다. 그리고 상고인은 피상고인에 대하여 위 피상고인 및 청풍김씨간의 수목매매계약은 이미 1915년 4월 22일 해제되었으므로, 그 해제의 효과로서 피상고인은 본소 수목에 관하여 아무런 권리가 존재하지 아니하고, 상고인이 정당하게 매수함으로써 그 소유권을 취득한다고 주장하였음은, 원판결 사실적시의 부분에서의 항소인의 진술의 기재 및 원심 1915년 6월 28일의 구술변론조서의 기재, 그 밖의 당사자의 변론의 전취지에 의하여 명백하고, 피상고인도 본소 수목의 매매계약은 1915년 4월 22일 해제가 되었음을 자백하였음은 이 역시 원판결 및 원심변론조서의 각 기재에 의하여 매우 명백하다. 그러한 피상고인 및 청풍김씨(대리인 김익항) 간의 본소 수목매매계약은 이미 해제되어 피상고인은 이미 본소 수목에 관하여 아무런 권리가 없으므로, 원판결은 의당 상고인이 과연 청풍김씨로부터 정당한 매매계약에 의하여 본소 수목에 관하여 소유권을 취득하였는지의 여부를 심리하고, 본소 청구권의 존부를 판단하여야 함에도 불구하고, 원판결은 만연히 이미 해제되었다는 것에 관하여 당사자 간에 다툼이 없는 피상고인(피항소인) 및 김씨 간의 매매계약의 사실만을 인정하여 이를 유효라고 하고, 그 계약 이후에 상고인 및 김씨(대표자 김유홍) 간에 본소 수목에 관하여 매매계약이 성립하였다고 하여도 상고인이 위 수목의 소유권을 취득하였다고 할 수는 없으므로, 상고인에게 본소청구권이 없음은 물론이라고 인정하여 상고인의 청구를 배척한 것은 논리를 전도하고 부당하게 법률을 적용한 불법이 있을 뿐만 아니라, 계약해제의 효력을 무시한 이유의 불비가 있는 판결로서 파기를 면할 수 없다. 다만, 피상고인이 그 매매계약해제의 사실을 인정하면서도, 그것은 협박에 의한 것이라고 변명하였지만, 가령 100보 양보하여 협박에 의한 법률행위라고 하더라도 취소의 의사표시를 하지 아니하는 한은 그 법률행위가 유효

함은 물론이고, 피상고인은 아직 취소의 주장이 없으므로 그 계약의 해제는 유효하다고 말하지 않을 수 없고 그 해제의 효력으로부터 나온 당연한 원상회복의 결과, 피상고인에게 아무런 권리가 없음은 한층 뒷받침되므로 상고인이 매수의 사실이 있다면 상고인에게 본소의 청구권이 있음은 의문의 여지가 없다.

살피건대, 본 논지에 관한 당사자 쌍방의 주장사실을 조사한다면, 원심에서 상고인은 1914년 6월 30일 상고인과 소외 청풍김씨의 대표자 김유홍과의 사이에 계쟁 수목에 관하여 매매계약이 성립하였고 피상고인과 소외 청풍김씨와의 매매계약은 1915년 4월 22일 해제되었다고 주장하고 피상고인은 1914년 6월 15일 피상고인과 소외 청풍김씨의 대표자 김익항과의 사이에 계쟁 수목에 관하여 매매계약이 성립하였고 그 매매계약은 1915년 4월 22일 해제가 되었지만, 위 해제는 협박에 의한 것이라고 주장한 것임은 원판결 및 원판결이 인용하는 제1심판결의 적시사실에 비추어 명백하다. 그리고 매매는 당사자의 일방이 어떤 재산권을 상대방에게 이전함을 약속하고, 상대방이 이에 그 대금을 지급하는 것을 약속함으로써 그 효력이 발생하는 것으로 계약 당시 권리가 매도인에게 속하지 아니한다는 사정은 매매계약의 성립을 조각하지 아니하므로, 상고인과 청풍김씨와의 매매계약이 피상고인과 청풍김씨와의 매매계약이 성립하여 소유권이 피상고인에게 이전한 날 이후에 성립했다고 하여도 원래 그 매매계약의 성립을 조각하지 아니하므로, 만일 상고인 주장과 같이 피상고인과 청풍김씨와의 매매계약이 해제되었다고 하면, 계쟁 수목의 소유권은 청풍김씨에게 복귀하고, 청풍김씨는 상고인에 대하여 그 소유권을 이전할 수 있으므로 단지 매매계약 성립의 전후만에 의거하여, 상고인은 계쟁 수목의 소유권을 취득할 수 없다고 하여 그 청구를 배척하여야 하는 것이 아니다. 의당 심리를 진행하여 상고인 주장과 같이 피상고인과 청풍김씨와의 사이의 매매는 해제되었는지, 또한 피상고인 주장과 같이 해제는 협박으로 나온 것인지, 만일 협박으로 나온 것이라면 그 해제의 의사표시는 당연무효가 되는지, 또한 취소할 수 있는 것인지, 만일 취소할 수 있다고 하면, 이미 취소한 것인지의 여부 등의 사실을 조사확정하고, 주장된 쟁점에 대하여 판단을 하여야 한다. 그런데 원판결을 본다면,

원심은 피상고인이 청풍김씨의 대리인 김익항으로부터 계쟁 수목을 매수하고, 그 소유권을 취득함으로써 그 매매계약 성립일 이후에 상고인 및 김유홍 간에 본소 수목에 관하여 매매계약이 성립하였더라도 상고인이 그 수목의 소유권을 취득한다고 할 수 없다고 판시함에 그치고 상고인의 청구를 배척하여 상고인이 주장하는 피상고인과 청풍김씨와의 매매가 이미 해제되었는지의 여부의 점에 관하여 아무런 판단을 하지 아니하였음은, 중요한 쟁점에 대한 판단을 유탈한 이유불비의 위법이 있어 본 논지는 이유가 있다. 원판결은 파기를 면할 수 없으므로 원판결을 파기하고, 다시 변론 및 재판을 하게하기 위하여 본건을 원심으로 환송함이 상당하며, 이에 따라 나머지 상고논지에 대한 설명은 이를 생략한다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

69 토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건 〔대정5년민상제18호 1916년 4월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 주참가의 소에서 상대방이 되는 본 소송의 원고 및 피고는 주참가소송의 종국까지 소송의 형식상 이를 분리할 수 없으므로, 항소를 제기함에 있어 본 소송의 원고 및 피고 중 일방만을 표시하여 항소장을 제출한 때라고 하여도, 법원은 표시되지 아니한 다른 일방도 호출하여 심판하여야 한다.

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 (주참가인) 김상규

소송대리인 윤태영
【피상고인】 (본소피고) 한수인 외 1인
위 소송대리인 겸 피상고인 이용재
【피상고인】 (본소원고) 이존수

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 인도 청구사건의 본 소송 및 주참가소송사건에 관하여 1915년 10월 26일 대구복심법원에서 선고한 판결 중 주참가소송에 관한 부분에 대하여 상고인(주참가인)으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 주참가소송에 관한 부분을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건은, 타인 간에 권리구속이 되는 소송의 목적을 자신을 위하여 청구하는 주참가소송으로서, 본 소송의 당사자 쌍방에 대한 소인바, 권리관계가 합일·확정되어야 하는 소위 필요적 공동소송이다. 이처럼 권리관계가 합일·확정되어야 하는 필요적 공동소송에 관하여 수인 중의 1인만 상소를 하고, 다른 자는 상소하지 아니한 경우 또는 상소 시에 1인을 상대방으로 하고 다른 자를 상대방으로 하지 아니한 경우에 있어서는, 그 일부분의 상소는 또한 다른 공동소송인을 위하여 판결확정을 막는 효력이 발생한다. 따라서 다른 공동소송인은 형식상 상소를 제기하지 아니하고 또는 상소의 상대방이 되지 아니함에도 불구하고 그 소송당사자가 되어야 하므로, 법원은 당연히 그 당사자에 대하여도 호출을 하고 본안에 대한 심리판결을 하여야 함은 이론상 당연하고, 대심원판례에서도 역시 이미 이를 인정한 바(判決錄 明治 三十年 第八卷 23면 및 같은 三八年 150면)이다. 따라서 본건에서도 항소심에서의 항소는 본소 원고 이존수만에 대한 항소라는 원심견해를 시인한다고 가정하여도, 역시 전술한 바와 같이 필요적 공동소송에 관

한 규정을 적용하여 당연히 항소의 상대방이 되는, 본소송 피고 한수인, 박응도 2명에 대하여도 상고인과의 사이에 있어서의 본안의 사실을 심리하여 그 판결을 하여야 함에도 불구하고, 원심은 위 조치를 하지 아니하고 오히려 부적법한 항소라고 하여 항소를 기각한 것은, 법칙에 위반한 불법이 있다.

살피건대, 일건 기록을 보면, 본건은 상고인이 타인 간에 권리구속이 되는 소송의 목적물에 관하여 자신에게 권리가 있음을 주장하고, 그 타인 간의 소송의 당사자 쌍방을 상대방으로 하여 주참가의 소를 제기한 것이므로, 그 상대방이 된 본소송의 원고 및 피고는 주참가소송의 종국까지 소송의 형식상으로 이를 분리할 수 없으므로, 제1심판결에 대하여 항소를 제기함에 있어서 본소송의 원고 및 피고 중 일방만을 표시하여 항소장을 제출한 때라고 하여도, 법원은 표시되지 아니한 다른 일방도 당연히 호출하여 심판하여야 한다. 따라서 상고인이 제1심판결에 대하여 항소를 제기함에 있어 본소송의 원고만을 표시하고 피고를 표시하지 아니하였어도, 이로써 그 항소를 부적법하다고 하여 기각할 수 없음에도 불구하고, 원판결은 “주참가소송은 그 심리 및 재판을 본소송과 함께 하기 위하여 본소송과 병합된 경우에 있어서도 양 소송의 당사자는 명백히 그 구별을 유지하고 서로 뒤섞여 3면적 정립이 발생하지 아니한다. 즉, 주참가소송에 있어서 주참가인은 원고로서 본소송의 원·피고를 합하여 피고로 하고, 본 소송에서는 주참가인은 그 당사자가 아니다. 그런데 주참가인은 항소심에서의 일정한 신청에 있어서는 본 소송 원·피고 모두에 대하여 청구하여야 할 것임에도, 원심에서 승소한 본소의 원고만을 피항소인으로 하였음은 항소장의 당사자표시에 의하여 명백하다. 그리고 주참가소송은 제1심이건 상소심이건을 불문하고, 또한 이미 본 소송의 판결이 있었는지의 여부에 관계없이, 본 소송의 당사자 쌍방에 대한 소임을 요건으로 하므로, 본 소송의 일방의 당사자만에 대한 본소 항소는 부적법하다”고 판시하여 상고인의 항소를 기각한 것은 위법한 판결로서 본 논지는 이유가 있다. 원판결 중 본건 주참가소송에 관한 부분은 파기를 면하지 못한다. 이미 이 점으로 원판결을 파기하는 바이므로 그 밖의 다른 상고논지에 대하여는 설명을 생략한다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로, 민사소송법 제447조, 같은 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

70 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제274호 1916년 4월 11일 판결〕

【판결요지】

1. 채권자가 채무자의 의무불이행으로 인하여 일면 손해를 입음과 동시에 타면 이익을 얻은 경우에는, 그 이익은 손해액으로부터 공제하고 그 잔액을 배상하여야 하는 손해액으로 하여야 할 것이다. 따라서 주식양수인이 주식명의개서거절로 인한 손해의 배상을 청구하는 경우에 있어서, 이익이 발생한 것이 있을 때에는 그 이익은 손해액인 주식 전부의 가액으로부터 공제하여야 한다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 주식회사 한호농공은행
법률상대리인 이사 백완혁
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미) 송본정관(松本正寬, 마쓰모또)
【피상고인】 진전무길(眞田茂吉, 사나다)

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 10월 12일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 이송한다.

【이 유】

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 "피항소인은 당초 일단 적법하게 본건 주식을 취득하였는데, 항소은행의 의무불이행에 기하여 개정 정관의 적용을 받게 되고, 주식취득 당시에 소급하여 주주로서의 자격이 박탈되었음은 앞서 판단한 바와 같으므로, 정관 개정 이후에는 본건 주식을 보유할 수 없게 되고, 완전히 그 권리를 상실한 것으로 추론할 수밖에 없다. 따라서 피항소인은 이로써 본건 주식의 가액에 상당하는 손해를 입은 것으로 인정함이 상당하다"고 판시하였다. 그러나 만일 원판결이 인정하는 것과 같이 피상고인이 소외인 등과의 합의만에 의하여 당초 일단 적법하게 주식을 취득하였다고 한다면, 이는 곧 주주가 되었다는 것이다. 왜냐하면, 주주란 주식의 주체 즉 주식소유주라는 뜻이기 때문이다. 그렇다면 상고은행이 그 후 명의개서를 거절하였다는 한 가지 이유만으로 주식을 상실할 이유가 없음은, 마치 매매에 의하여 일단 적법하게 부동산소유권을 취득한 자는, 등기소가 어떤 이유에 의하여 이전등기를 하는 것을 거절한다고 하여도, 이로써 소유권의 상실이 초래되지 아니하는 것이 일반적인 것과 마찬가지이다. 따라서 상고은행이 한 명의개서의 거절로써 가령 의무불이행이 된다고 하더라도, 이에 의하여 발생하는 손해는 주주권으로 상고은행에 대항할 수 없는 즉, 자기의 이름으로 주주권을 행사할 수 없는 무형의 것에 불과하고, 정관개정이 있기까지는 피상고인은 여전히 주식의 주체이다. 그렇다면 가령 전술한 무형의 손해 이상으로 본소 청구와 같이 주식상실의 손해라는 것이 있다면, 이는 순전히 정관개정에 기인하는 것이라고 할 것이다. 정관개정으로 인하여 명의개서는 절대로 불능으로 되었으므로, 그 때부터 피상고인의 주식양수는 그 효력을 상실한다고 말하는 것이 어떤 면에서는 맞는다고 할 수 있을지는 몰라도, 정관개정에 의하여 피상고인이 주식취득 당시로 소급하여 주주자격이 박탈되었다고 말하는 것은, 진기한 의제론으로 명백히 타당하지 아니하다. 또한, 주식취득 당시에 소급하여 주주인 자격을 박탈당한다고 인정함과 동시에, 한편에

서 정관 개정 이후 주식을 보유할 수 없게 되었다고 말하는 것은 논리의 모순이다. 원판결은 대정3년민상제388호 고등법원판결을 원용하여 그 논단의 자료로 삼고 있으나, 그 판결의 취지는, 주주자격을 제한하는 별개의 규정의 신설이 주식양도행위가 행하여진 후인 때라고 하여도 명의개서 이전이라면 신설 규정의 효력에 의하여 당해 양도가 그 자체로 무효가 되고, 더 이상 명의개서를 할 수 없다는 것에 그치며, 결코 신설규정으로 인하여 주식양수인이 양도행위 당시로 소급하여 주주로서의 자격을 박탈당한다고 말한 것이 아니라고 믿는다. 또한, 가령 원판결의 설명과 같이 정관개정의 결과 피상고인이 주식양수 당시로 소급하여 주주자격을 박탈당했다는 논지가 정당하다고 한다면, 그 중간에 있은 명의개서거절은 주식상실의 원인이 아니라고 말하여야 한다. 왜냐하면, 주주자격의 박탈이 주식양수 당시로 소급한다고 말하는 이상, 명의개서거절의 시기에 있어서는 주주자격은 이미 박탈되어 버린 것과 동일하다고 간주하여야 하기 때문이다. 다음으로 정관개정의 결과, 피상고인이 절대로 명의개서를 받을 수 없게 된 손해에 관하여 상고은행에게 그 배상의 책임이 있는지의 여부를 논한다면, 전술한 고등법원의 판결 중 상고은행이 급거 정관에 별개의 규정을 만들었기 때문에 피상고인으로 하여금 명의개서청구를 할 수 없게 한 행위에 관하여는, 상고은행에게 그 책임이 있다고 설명하지만, 이것은 보통 일반적인 도의상의 책임을 의미할 뿐이고, 나아가 민사상 손해배상의 책임이 있음을 판결한 것이 아니라고 믿는다. 왜냐하면, 배상책임의 유무는 그 사건에 있어서 재판을 받은 사항이 아니기 때문이다. 원래 정관을 개정하는 것은 상고은행의 권능으로, 피상고인의 주식명의개서가 미완료라는 사정 때문에 이를 억제하여야 할 의무는 없다. 그렇다면 정관개정은 의무불이행도 불법행위도 아닌 합법행위이기 때문에, 타인에게 재산상의 영향을 미친다고 하여도 손해배상의 책임이 발생하는 것이 아님은 여러 말을 할 필요조차 없다. 이상의 어느 점에 비추어 보더라도, 원판결은 도저히 파기를 면할 수 없는 위법이 있다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

주식명의개서청구권은 주주권의 내용을 이루는 것이 아니고, 주식의 양도에 관하여 법률의 규정에 의하여 직접 발생하는 별개의 권리이며,

주주권에 부수하는 것이다. 보통 주된 권리의 상실은 당연히 종된 권리의 상실을 초래한다고 하여도, 반대로 종된 권리의 상실은 주된 권리의 상실을 초래하는 것이 아니다. 따라서 본건에서 피상고인이 주식명의개서청구권을 상실하였다고 하여도, 이로써 주주권을 상실하였다고 할 수는 없다. 피상고인은 지금도 실제로 주식의 주체로서 주주권을 보유한다. 그리고 주주명부 및 주권에 있어서의 명의의 변경은 피상고인으로부터 상고은행 그 밖의 제3자에 대항하기 위한 요건이지만, 상고은행은 명의변경을 기다리지 아니하고 피상고인에 대하여, 피상고인이 주식의 주체임을 주장할 수 있음은 상법 제150조의 해석상 의문이 없으므로, 원심에서도 상고인은 이 이유에 의하여 피상고인이 주주임을 승인하고 주주권상실의 손해가 없음을 항변하였다. 요컨대, 피상고인의 손해는 명의개서가 거절되었기 때문에 주주권의 대항을 일시적으로 방해받은 명의상의 손해인 것이다. 그런데 원판결이 상고은행의 명의개서거절로 인하여 피상고인에게 주식의 상실을 초래하였다고 하여 주식가액 전부의 배상을 선고한 것은 타당하지 아니하다.

상고이유 제13점은 다음과 같다.

상고은행의 정관 중 주식양도에 관한 제한규정에 반하는 양도행위는, 상고은행이 그 무효를 주장하고 주식명의개서청구거절의 이유로 할 수 있지만, 이로써 당사자의 양도행위도 무효가 되는 것은 아니다. 즉, 당사자 간에 일단 유효하게 성립한 양도행위는 상고은행이 정관을 개정하여 그 결과로서 주식명의개서청구를 거절하여도 이로써 무효가 되는 것이 아님은, 위 상고이유 제12점의 설명 및 그 설명 중에 인용한 귀원 판례에 비추어 명료한 바이다. 그렇다면 피상고인은, 송병준 및 김주백과의 사이에 성립한 본건 주식양도행위가 지금도 유효하다는 것에 한 점의 의문도 없다. 그리고 당해 주식에 동반하는 이익배당금 및 의결권 등은 송병준, 김주백의 이름으로 피상고인이 수령하여 행사하고 있을 뿐만 아니라, 당해 주식의 처분권은 전적으로 피상고인이 갖는 바이다. 단지, 피상고인은 당해 주식을 자기 명의로 개서할 수 없기 때문에 주주권을 자기의 이름으로 행사하고 처분할 수 없는 불편과 양도의 효력을 회사 및 제3자에게 대항할 수 없는 결과, 후일 손해를 입을 우려가 있음에 불과하다. 따라서 피상고인은 상고은행의 주식명의개서

청구의 거절에 의하여 본건 주식을 상실한 것이 아니므로, 상고은행은 제1, 2심에서 “본건 주식양도의 당사자 간에는 이미 주식이전의 효력이 발생하고 원고는 사실상 그 주주로서 양도인은 단지 명의상의 주주일 뿐이다. 따라서 주식에 동반하는 모든 권리·의무는 원고에게 귀속하고, 원고는 매기의 이익배당금을 수령하고 또한 원고가 당해 주식을 타인에게 양도하려 한다면 주식명의인인 송병준, 김주백은 이를 거절할 수 없다. 요컨대, 본건 주식의 실권자는 원고이므로, 원고는 손해를 입은 것이 아니다”라고 항변하고(제1심 답변서 제5점 참조) 증인 석정소일(石井素一, 이시이), 김주백의 증언으로 이를 입증하였다. 그런데 원심은 위 항변에 대하여, “이러한 것은 모두 피항소인과 본건 주식양도인 및 그 밖의 사람 등과의 사이에 있어서의 법률관계에 속하므로, 이를 이유로 하여 항소은행의 본건 의무불이행 책임을 면제 또는 경감할 수 없음은 두말할 필요가 없을 뿐만 아니라, 피항소인이 본건 주식에 대한 권리를 상실하고 실제로 손해를 입었음은 앞서 상세히 설시한 바와 같으므로, 각 항변이 타당하지 아니함은 다언을 요하지 아니한다”고 판시함으로써, 피상고인이 갖는 본건 주식의 처분권 및 이익취득의결권의 행사 등은 주식양도의 직접적인 효과임에도 불과하고, 이를 피상고인과 타인 간의 관계라고 하여 본건 상고은행의 의무불이행에 의한 손해배상의 책임을 면제하거나 경감할 수 없다고 하였다. 그 결과로서 피상고인이 본건 주식에 대한 권리를 전적으로 상실하고, 실제로 주식가격의 전부를 손실한 것이라고 한 것도 앞서의 소론과 같이 피상고인과 주식양도인과의 관계에서는 본건 주식은 전적으로 피상고인에게 이전하고, 그 효력으로서 피상고인은 본건 주식에 대한 실권을 취득하며 그 수익처분의 권리는 전적으로 피상고인이 갖는 것이므로, 현행 농공은행 제3조 소정의 자격을 갖춘 때에는 언제라도 본건 주식의 명의개서를 구하여 회사 및 제3자에게도 대항할 수 있다. 따라서 피상고인은 본건 주식에 대한 권리를 전혀 상실하지 아니함에도 불구하고, 원심이 상기와 같이 판결한 것은 주식양도의 효력에 그 당사자 간의 효력과 회사 및 제3자에 대한 효력과의 구별이 있는 점 및 유효하게 성립한 주식양도는 그 당사자 간에 있어서는 주주명부 및 주권명의개서절차의 성부에 관계없이 행위의 성립과 동시에 주주권이전의 효력이 발생한다

는 점을 망각한 논의라고 할 것이다. 요컨대, 피상고인은 실제로 본건 주식을 보유하고 수익처분의 전권을 가짐에도 불구하고, 원심이 피상고인은 상고은행의 주식명의개서청구거절에 의하여 당해 주식을 상실하고, 이를 보유할 수 없게 되어 주식가액의 전부를 손실하게 되었다고 하면서 상고은행에 그 손해배상을 명한 것은, 주식양도에 관한 당사자 간의 효력을 무시한 불법이 있다.

상고이유 제15점은 다음과 같다.

원심의 판시에 의하면, 피상고인은 상고은행의 주식명의개서청구의 거절, 정관개정과 그 개정정관의 소급적용에 의하여 상고은행의 주주인 자격이 박탈되고, 이에 의하여 본건 주식의 양도는 전적으로 무효가 되었다. 그리고 위 판지가 정당하다고 한다면, 피상고인과 본건 주식양도인 간의 행위는 불성립으로 처음부터 존재하지 아니한 것과 동일하게 된다. 따라서 당해 무효행위에 의하여 피상고인이 양도인에게 교부한 주식대가는 법률상의 원인 없이 급부한 것이 되므로, 피상고인은 양도인에 대하여 부당이득의 원칙에 따라 그 반환청구를 할 수 있다는 것이 된다. 그렇다면 피상고인은 상고은행에 대하여 본건 주식을 상실하였다고 하여 그 대가를 손해배상으로서 청구할 수 없다. 왜냐하면, 법률적인 관점에서 본다면 무효인 행위는 법률상의 효력이 발생하지 아니하므로, 피상고인은 본건 주식을 상실한 것이 아니라 취득하지 않은 것이라고 말하여야 하기 때문이다. 만일 일방에서 주식양도의 무효를 인정하면서, 다른 한편으로 그 주식의 가액을 손해배상으로 제3자에게 청구할 수 있다고 한다면 논리에 모순이 있고, 무효인 행위에 법률상의 효력을 부여하는 결과가 초래된다. 요컨대 원심이 피상고인과 주식양도인 간의 양도행위를 무효라고 인정하면서, 다른 한편으로 피상고인은 상고은행에 대하여 본건 주식가액을 손해배상으로서 청구할 수 있는 권리가 있다고 판결한 것은, 이유모순의 불법이 있음과 동시에 무효인 행위에 법률상의 효력을 부여한 불법이 있다.

상고이유 제17점은 다음과 같다.

원판지와 같이 상고은행이 본건 주식명의개서를 거절한 결과, 나아가 피상고인과 본건 주식양도인 간의 양도행위가 무효가 되고, 상고은행에 그 손해배상의 책임이 있다고 한다면, 피상고인은 양도인에 대하

여 대가의 반환을 요구함과 동시에 당해 양도 후 주식가액이 등귀한 때에는, 그 대가와 주식의 시가와의 차액을 상고은행에 청구할 수 있을 것이다. 만일 주식가액이 저락한 때에는 피상고인은 아무런 손해가 없고, 이 경우에는 양도인이 대가와 시가의 차액의 손해를 입는 결과가 초래되므로, 양도인이 상고은행에 그 손해배상을 청구하는 것은 별개로 하고, 무효인 양도행위에 기하여 그 주식가액의 전액을 양수인인 피상고인이 청구할 권리는 없다 할 것이다. 그런데 원심이 피상고인은 상고은행에 대하여 주식가액의 전액을 청구할 수 있다고 한 것은, 상고이유 제11점에서 설명한 것과 같이 손해배상청구권의 주체에 관한 판단을 그르치고, 동시에 손해배상액의 사정을 그르친 불법이 있다. 만일 원판결의 취지에 따라 상고은행이 피상고인의 청구에 따라 주식가액의 전액을 지급하지만, 본건 주식은 상고은행이 피상고인의 권리에 대위하여 취득할 수 없음은 상고이유 제10점에서 한 설명과 같을 뿐만 아니라, 회사는 감자의 방법에 의하지 아니하면 자신의 주식을 취득할 수 없으므로, 본건 주식은 상고은행이 절대로 취득할 수 없다. 결국 피상고인 또는 주식양도인인 송병준, 김주백 소유가 된다. 그렇다면 원판결은 실로 피상고인 등에게 부당이득을 얻게 하는 결과를 초래한다. 이는 주식명의개서청구권 및 그에 대한 보상으로서의 손해배상권의 주체 및 주식명의개서거절에 의하여 발생한 손해액의 사정이 타당하지 아니하다는 결과로서, 본 논지가 정당함을 증명하는 자료가 된다.

살피건대, 피상고인(피항소인)이 소외 송병준, 김주백 2명으로부터 본건 주식을 매수하고, 1913년 10월 21일 상고은행에 대하여 본건 주식에 관하여 주주명부 및 주권의 명의개서를 청구하였는데, 상고은행이 이를 거절한 사실은 제반의 증거에 의하여, 또한 같은 해 같은 달 25일 상고은행의 주주총회에서 정관변경의 결의를 하고, 정관 제11조의2로써 본 은행의 주식은 조선에 주소를 갖는 조선인이 아니면 이를 소유할 수 없다는 취지의 규정을 신설한 사실은 당사자 간의 다툼이 없는 사실이다. 이는 모두 원심이 확정한 바로서 피상고인 및 소외 송병준, 김주백의 본건 주식의 매매가 상고은행의 정관에 주주자격을 제한하는 별개의 규정이 없는 시기에 이루어진 것인 이상은, 당해 매매계약은 그 당사자 간에 있어서는 원래 유효하게 성립하고, 주식에 대

한 권리는 양도인으로부터 양수인에게 이전할 뿐만 아니라, 주식회사의 정관에 명의개서의 절차에 관하여 별개의 규정이 없는 한 그 유효하게 성립한 매매의 당사자는, 모두 상고은행에 대하여 주주명부 및 주권의 명의개서를 청구할 수 있는 권리가 있음은 당원의 판례(대정3년민상제388호사건 1914년 11월 24일 판결 선고)이고, 그 권리는 상고은행에 대한 매매당사자의 하나의 채권이므로, 원심이 확정한 바와 같이 본건 주식의 양수인인 피상고인이 1913년 10월 21일 상고은행에 대하여 주식명의개서를 청구하였음에도 불구하고, 상고은행이 아무런 정당한 이유 없이 이를 거절한 이상, 상고은행은 지체의 책임을 면할 수 없으며, 일단 지체의 책임이 발생한 이후에 있어서는, 채무자인 상고은행이 가령 자신의 권능에 의하여 적법하게 정관의 변경을 하고 주주자격을 제한하며, 주주양도에 관한 별개의 규정을 신설하고 그 후 다시 주주자격에 관한 규정이 있는 농공은행령의 실시에 의하여, 상고은행 스스로 그 명의개서의 의무를 면하고 주식양도의 당사자로 하여금 결국 그 명의개서를 할 수 없게 되었다 하더라도, 상고은행은 채무불이행으로 인한 손해배상의 책임을 면할 수 없다. 그리고 주식매매계약이 당사자 간에 유효하게 성립하였지만, 아직 주식명부 및 주권의 명의개서의 절차가 완료되기 이전에 주식회사인 은행에서 정관의 변경을 하고, 양도에 의하여 새로이 주주가 되려는 자의 자격에 관하여 별개의 규정을 신설하며, 그 양도로부터 새로이 주주가 되려는 자가 정관 소정의 주주로서의 적격을 갖지 아니할 때에는, 아직 그 명의의 개서를 하지 아니한 결과 정관 규정의 적용을 받고, 양도의 당사자가 이후 주식명의개서의 청구를 할 수 없게 되는 것은, 이 역시 당원의 판례(상기 동일 판결)로서 인정하는 바이다. 뿐만 아니라 앞서 피상고인이 상고은행에 대하여 제기한 본건 주식의 주주명부 및 주권명의개서 청구소송은, 상고은행이 전술한 것과 같이 정관의 변경을 하고 주주로서의 자격에 관하여 별개의 규정을 신설함으로써, 피상고인이 내지인으로서 그 적격을 갖지 아니한다는 이유로 피상고인이 패소하였고, 피상고인은 그 주식명의개서를 할 수 없는 것으로 확정된 사실은 원심이 인정하는 바이다. 이로써 만일 본건 주식매매계약으로 양수인인 피상고인은 양도인인 소외 송병준 및 김주백으로부터 주식에 대한

권리를 이전받고, 주권의 인도를 받는 것으로 만족하며, 상고은행에 대하여 그 주식명의개서를 청구하는 것은, 가령 상고은행이 전술한 것과 같이 지체의 책임발생 이후 그 정관을 변경하고, 다음으로 농공은행령이 실시됨으로써 양도의 당사자가 명의의 개서를 할 수 없기에 이르렀지만, 양도인은 그 권리를 양수인에게 이전하고 그 주권의 인도를 한 때에, 이미 그 의무의 이행을 완료함으로써 양수인은 상고은행의 의무불이행에 의하여 회사 및 제3자에 대항할 수 없는 주식을 보유할 수 있게 된다. 그러한 주식은 대개의 경우에 하나의 공권(空權)에 불과하지만, 상고인의 원심에서의 주장과 같이 피상고인은 사실상 주식주권을 향유하고, 양도인을 통하여 실제로 이익을 수취한다고 하면, 당연히 무가치의 것이라고 말할 수 없으므로 피상고인이 실제로 보유하는 주식의 가격을 산정하고, 상고은행의 의무불이행이 없는 경우에 완전히 취득하는 주식의 가액 즉, 본건 청구액으로부터 이를 공제하여, 그 잔액으로 손해액이라고 하여야 한다. 왜냐하면, 상고은행의 의무불이행에 의한 손해배상의 청구는 피상고인이 현실로 입은 손해액에 의하여야 하고, 이상과 같이 피상고인이 실제로 보유하는 주식에 의하여 어떤 이익을 향유하고 가치가 있는 것이라고 하면, 이것은 손해가 아니므로 이를 공제하여야 함은 당연하기 때문이다. 만일, 본건 주식매매계약이 보통 일반적인 경우와 같이 양수인이 단지 당사자 간에 권리의 이전 및 주권의 인도만으로 만족하지 아니하고, 양수인에 대하여 주식명의의 개서를 하고 회사 및 제3자에 대하여 그 양도를 대항할 수 있는 상태로 완전히 권리를 이전할 의무를 부담한다는 취지인 때에는, 전술한 바와 같이 상고은행이 정관을 변경하고 농공은행령의 실시에 의하여 피상고인이 그 주주인 적격을 갖지 아니함에 이른 이상, 양도인인 소외 송병준 및 김주백은 그 명의개서의 의무를 이행할 수 없게 된다. 그리고 합의만에 의하여 당사자 간에 이전하는 권리는 그 명의개서를 할 수 없는 결과, 이를 회사 및 제3자에게 대항할 수 없으므로 완전히 그 권리의 행사를 할 수 없고, 그 실체는 하나의 공권(空權)이라는 것이 되어 권리자체가 완전히 이전한 것이라고 할 수 없다. 뿐만 아니라 만일 이와 같이 당사자의 합의만에 의하여 권리 이전이 있을 때에는, 의무의 일부이행이 있다고 하는 때에는 양수인이

특별한 사유에 의하여 계약의 해제권을 갖지 아니하는 한, 회사 및 제3자에 대항할 수 없는 주식을 보유하는 것이 되고 사실상 그 처분을 할 수 없음은 물론, 양도인이라고 하여도 양수인에 대한 손해배상의 위험을 부담하지 아니하므로 이를 처분할 수 없다. 이는 전적으로 당사자의 의사에 반하고 상법의 정신에도 합치하지 아니하는 결과를 초래하므로, 합의만에 의하여 권리의 이전만이 있고 그 명의개서를 동반하지 아니하는 이행은, 전적으로 계약의 본지에 따른 이행이 있다고 볼 수 없다. 즉, 주식명의개서의 불능은 나아가 주식양도계약의 이행 전부의 불능을 초래하는 것이라고 인정함이 상당하다. 따라서 그 양도의 당사자 간에 있어서도 양수인은 그 명의개서가 불능이 되는 때로부터 주주가 될 수 없게 되는 것이므로, 본건 주식양도의 취지가 전술한 바와 같은 경우에는, 상고은행의 정관변경 및 농공은행령의 실시에 의하여 당사자 간에 이행 전부의 불능을 초래하고, 상고은행은 주식의 양수인인 피상고인에 대하여 주식가액 전부의 손해를 배상하여야 할 의무가 있는 것이지만, 보통 채무의 불이행에 의한 손해배상은 그 본래의 성질상 채권자가 입은 손해의 보전을 하는 것에 그치고, 채권자로 하여금 이익을 취득하게 하는 것이 아니므로, 채권자가 채무자의 의무불이행에 의하여 일면 손해를 입음과 동시에 타면 이익을 취득한 경우에는, 그 이익은 이를 손해액으로부터 공제하고 그 잔액을 배상하여야 할 손해액이라고 하여야 한다. 만일 그렇지 않다면, 채권자는 채무자로부터 손해전부의 배상을 받고, 게다가 채무자의 채무불이행에 의하여 취득한 이익은 여전히 이를 보유하게 되어, 채권자가 부당하게 이익을 취득하는 결과가 발생하여 손해배상이 손해보전이라는 성질에 반하게 된다. 따라서 만일 상고은행의 의무불이행의 결과 피상고인에게 이익이 발생한 때에는 이를 앞서 본 손해배상액인 주식 전부의 가액으로부터 공제함이 상당하다. 그리고 본건 주식매매계약의 취지가 양도인인 소외 송병준 및 김주백이 양수인을 위하여 주식명의개서를 할 의무를 부담한다는 취지인 때에는, 앞서 본 상고은행의 정관변경 및 농공은행령의 실시에 의하여 같은 양도인 등의 의무는 전적으로 이행불능이 된다는 것은 앞서 설명한 바와 같고, 그 이행불능의 결과 양도인 등은 여전히 회사 및 제3자에 대하여 주주로서의 상태를 지속

하며, 주식은 조금도 멸실되는 것이 아니다. 뿐만 아니라 그 이행불능은 제3자인 상고은행의 정관변경의 결과로서 채무자인 송병준 및 김주백 등의 책임으로 돌릴 수 있는 사유에 의한 것이 아니다. 또한 주식은 그 성질이 순수한 채권이 아니지만, 우리 민법상 이를 채권과 동시한다는 것은 민법 제364조 제2항의 규정에 의하여 이를 알 수 있으므로, 이와 같이 주식양도계약의 이행불능의 경우에는, 물권의 설정이전을 목적으로 하는 쌍무계약에서 목적물이 멸실, 훼손된 경우에 관한 민법 제534조의 위험부담의 문제가 아니고, 같은 법 제536조에 준거하여야 한다. 그리고 같은 조의 규정에 의하면, 채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 의하여 채무의 이행불능이 된 때에는, 채무자는 반대급부를 받을 권리가 없고, 이미 채권자로부터 받은 급부는 채권자에게 이를 반환하여야 할 의무가 있음은 같은 법문의 해석상 의문이 없으므로, 피상고인이 채무자인 송병준 및 김주백에 대하여 이미 본건 주식의 대금을 교부한 때에는, 그 이행불능에 의하여 당연히 그 반환을 받아야 할 권리를 취득한다. 게다가 그러한 권리의 취득은 피상고인에게 본건 손해의 발생원인인 상고은행의 의무불이행의 결과이고, 피상고인을 위한 하나의 이익임은 두말할 필요가 없을 뿐만 아니라, 상고은행이 가령 피상고인에 대하여 그 취득할 수 없게 된 주식의 손해배상으로서 주식의 가격에 상당하는 배상을 하였다고 하더라도, 상고은행은 상법 제151조의 규정이 있기 때문에 그 주식에 관하여 상고인을 대위하여 이를 취득할 수 없고, 또한 상고은행이 피상고인에 대하여 손해의 배상을 하는 것은 그 의무의 불이행으로 인하여 피상고인이 본건 주식을 취득할 수 없게 된 데 대한 손해의 배상이며, 피상고인이 소외 송병준 및 김주백에 대하여 갖는 위 대금반환청구권을 침해하였다고 하여 그 권리의 가액을 배상하는 것이 아니라면, 상고은행은 민법 제422조의 규정에 의하여 당연히 그 권리를 대위할 수 없으므로, 결국 피상고인은 송병준 등 및 상고은행에 대하여 각 권리를 취득하기에 이르고, 상고은행의 의무불이행에 의하여 오히려 부당하게 이익을 취득하게 되므로, 피상고인이 위 송병준 등에 대한 권리에 의하여 받은 이익은 피상고인이 상고은행의 의무불이행에 의하여 취득할 수 없게 된 주식의 가액으로부터 이를 공제하고, 그 잔액을 본건 손해액

으로 하여야 한다. 그렇다면 원판결이 피상고인이 상고은행의 의무불이행에 의하여 개정정관의 적용을 받게 되고, 주식취득 당시에 소급하여 그 주주로서의 자격이 박탈되며, 정관개정 이후에는 피상고인은 본건 주식을 보유할 수 없게 되어, 완전히 그 권리를 상실한다고 하면서 본건 주식의 가격에 상당하는 손해를 입었다고 인정함이 상당하다는 취지의 설시를 하고, 또한 상고은행의 대리인이 본건 주식양도는 무효이므로 피상고인은 각 양도인으로부터 대금의 반환을 받을 수 있으므로, 아무런 손해도 입지 아니하였다는 취지의 항변을 하였음에도 불구하고, 그와 같은 사유는 본건 주식의 양도인과 그 밖의 자 등과의 사이에 있어서의 별개의 법률관계에 속하므로, 이를 이유로 하여 상고은행의 의무불이행 책임을 면제 또는 경감할 수 없다고 하여 당해 항변을 배척하고, 상고은행에 대하여 주식가격 전부의 배상을 명한 것은 타당하지 아니하므로 본 논지는 이유가 있다. 따라서 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건은 앞서 설명한 바와 같이 본건 주식양도계약의 취지 여하에 의하여, 또는 주식명의개서를 할 수 없는 주식의 가격을 산정하여 이를 피상고인이 완전히 주식을 취득한 경우에 있어서의 주식의 가격으로부터 공제한 다음, 그 액으로 본건의 손해액으로 하거나, 또는 피상고인은 소외 송병준 및 김주백의 이행불능에 의하여 이들에 대하여 대금반환 청구권을 취득하는 것이고, 이들이 그 대금을 완제할 자력을 갖는 때에는, 피상고인은 그 권리에 의하여 대금액과 동일한 이익을 취득할 것이고, 만일 이들에게 그 완제의 자력이 없을 때에는 그 반환을 받는 한도에서 이익을 얻을 수 있으므로, 이러한 이익은 당연히 이를 피상고인이 취득할 수 없게 된 주식의 가격으로부터 공제하여야 한다. 그런데 원판결에서는 이러한 점에 관하여 확정한 바가 없으므로, 본건은 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 동등한 법원으로 이송함이 상당하고, 또한 이 점에서 원판결을 파기하기에 충분하므로 그 밖의 논지에 대하여는 설명을 생략하며, 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

71 토지반환청구에 관한 건
〔대정5년민상제40호 1916년 4월 11일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서는 조선민사령 시행 전 토지매매에 관하여 부정기간의 환매계약을 체결하는 관습이 있다(상고이유).

【제 1 심】 부산지방법원 밀양지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 박수일
소송대리인 박성환
【피상고인】 이우철

위 당사자 간의 토지반환 청구사건에 관하여 1915년 12월 27일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결 이유 중 “피항소대리인은 무기한의 환매계약은 공공의 질서에 반하는 법률행위이므로, 그 계약은 무효라는 취지의 항변을 하나, 조선민사령 시행 전에 있어서는 환매기한에 관하여 법률상 아무런 규정이 없으므로, 당사자가 언제라도 자유롭게 환매할 수 있는 취지를 약속하여 온 관습이 있고, 또한 재판상으로도 일반적으로 허용된 것으로서 전혀 공공의 질서에 반하는 것이 아니다”라고 설시하고 있으나,

조선에서는 민사령 시행 전에 환매에 관하여 법규가 없다고 하여도, 소유권의 행사를 영구무한으로 제한하는 법률행위는 공공의 질서에 반하므로, 법률상 효력이 발생하지 아니하는 것은 논할 필요가 없는 바이고, 환매할 수 있는 기간은 반드시 이를 명약(明約)하는 점은 조선의 관습도 역시 마찬가지이다. 따라서, 원판결은 위법한 판결이다.

살피건대, 조선민사령 시행 전에 있어서는 토지매매에 관한 환매기간에 관하여 아무런 규정이 없고, 부정기간의 환매계약을 하는 관습이 있었음은 당원이 이를 인정하는 바이므로, 원판결에서 “조선민사령 시행 전에 있어서는 환매기간에 관하여 아무런 규정이 없으므로 당사자가 언제라도 자유롭게 환매할 수 있다는 취지를 약속하여 온 관습이 있고, 또한 재판상으로도 일반적으로 허용된 것이고 전혀 공공의 질서에 반하는 것이 아니다”라고 판시하여 상고인의 항변을 배척한 것은 상당하고, 소론과 같이 위법이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유는 다음과 같다.

환매계약은 해제권을 유보한 일종의 매매계약으로서, 매도인은 대금을 돌려주고 매수인은 매매목적물의 반환을 하게 되는 것이므로, 매수인이 실제로 목적물의 소유와 점유를 하지 아니하는 경우에는 그 반환을 할 수 없음이 명백하다. 따라서 아무런 법익이 없는 소송을 하는 것이고, 달리 그 구제방법을 구하여야 한다. 본건에서의 피상고인의 제1심 이래의 주장사실에 의하더라도, 상고인이 실제로 목적물의 소유와 점유를 하지 아니함에도 불구하고, 상고인에게 인도를 하여야 하는 의무가 있다는 원판결은 위법한 판결이다.

살피건대, 매도인이 환매권을 행사할 때에는, 각 당사자는 상대방으로 하여금 원상으로 회복하여야 할 의무를 지는 것이므로, 매수인인 상고인은 매매의 목적물인 계쟁부동산을 피상고인에게 반환하여야 할 의무가 있다. 그리고 환매권의 행사 이전에 있어서 상고인이 목적물을 제3자에게 전매한 사실이 있다고 하지만, 타인의 권리를 매매의 목적으로 한 경우와 같이 상고인이 제3자로부터 이를 취득하여 피상고인에게 반환할 수 있고 절대 불능인 것이 아니므로, 피상고인이 환매계약에 기하여 그 권리를 행사한 때에는, 상고인은 당해 계약의 취지에 따라 목적물을 반환할 의무가 있다. 상고인이 실제로 목적물을 소유·

점유하고 있는지의 여부는, 상고인의 계약상의 의무에 관하여 조금도 영향을 미치지 아니하므로, 원심이 이와 동일한 이유에 기하여 피상고인의 청구를 인용한 것은 상당하고, 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

72 부당이득금반환청구에 관한 건 〔대정5년민상제50호 1916년 4월 11일 판결〕

【판결요지】

1. 확정판결의 효력으로서 이익을 받는 일이 있어도, 이는 법률상의 원인 없이 이득 한 것에 해당하지 아니한다.

【제 1 심】 함흥지방법원 성진지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 이항재
【피상고인】 김현경

위 당사자 간의 부당이득금반환 청구사건에 관하여 1916년 1월 28일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유에서 “요컨대, 피항소인은 항소인에 대하여 위 매매대금 청구권을 가졌음에도 불구하고, 위 확정판결에 의하여 그 권리를 상실한 결과, 항소인은 지급의무를 면하고 법률상 원인 없이 피항소인의 재산에 의하여 이익을 얻은 것이라고 주장하면서, 그 부당이득금의 반환을 구하고 있으나, 보통 확정판결에 의하여 그 당사자의 일방이 상대방에 대하여 갖는 권리를 상실하고, 이로 인하여 상대방이 가령 이익을 얻는 일이 있어도, 이것은 확정판결에 의하여 발생한 당연한 결과이고 법률상 원인 없이 이득을 한 것이라고 말할 수 없다”고 판시하였다. 그러나 본건 상고인이 원래 1911년 9월 2일 함흥지방법원 경성지청에 녹각매매대금 청구소송을 제기하고, 상고인이 기일해태의 결과 패소의 궐석판결을 선고받아 같은 판결의 확정에 의하여 상고인이 피상고인에 대한 상소권을 상실한 사실을 인정하고 이로써, 바로 상고인이 피상고인에 대하여 갖는 금 22원의 채권을 상실한다고 하는 것은 사리를 혼동한 것이고, 위 확정판결은 단지 동일 청구원인에 의하여 다시 피상고인이 소추되는 일이 없는 절차법상의 소극적 이익을 피상고인이 향수하는 관계이며, 실체법상 아무런 의무의 면제를 받은 것이 아니고, 따라서 법률상의 원인에 기하여 금 22원의 이익을 얻은 것이라고 할 수 없다. 그렇다면 원판결은 민법 제703조의 소위 법률상의 원인이라는 용어 즉, 법률이 그 수익을 정당하다고 인정하는 근거를 부당하게 해석한 불법이 있다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 이유에 “가령 피항소인은 그 주장과 같은 매매대금 청구권을 상실하기 때문에 항소인이 이익을 얻었다고 하지만, 부당이득을 원인으로 하여 그 반환을 구할 수 없다”고 하지만, 단지 만연히 부당이득이라는 청구원인을 배척하여 상고인의 청구를 기각하기에 충분하다고 하고, 법률상 해석을 하지 아니함은 이유불비의 불법이 있음을 면할 수 없다.

살피건대, 상고인의 본소 청구원인은, 원판결 이유란에 적절하게 설시되어 있는 바와 같이, 상고인은 피상고인에 대하여 녹각 1개의 매매대금 22원의 청구권을 갖는다고 주장하면서 함흥지방법원 경성지청에

그 지급청구의 소송을 제기하였는데, 구술변론기일을 해태하였기 때문에 패소의 궐석판결을 받아 그 판결확정의 결과 그 청구권을 상실함과 동시에, 피상고인은 위 매매대금지급의 의무를 면하고 법률상의 원인 없이 부당하게 이득하였으므로, 그 부당이득금의 반환을 청구한다는 것임은 원판결이 인용하는 제1심판결의 사실적시에 의하여 명백하다. 그리고 민법 제703조의 소위 '법률상의 원인 없이'란, 수익이 법률이 인용한 명의에 기하지 아니하는 것을 지칭하는 것이므로, 확정판결의 효력으로서 한편으로 매도인에게 매매대금지급의 청구권이 상실됨과 동시에, 다른 한편으로 매수인은 그 대금지급의 의무를 면하는 것과 같은 경우가 발생하고, 매수인이 이로써 이익을 얻는 일이 있어도, 이것은 법률상 인용된 명의하에 수익한 것이므로, 이를 가리켜 법률상의 원인 없이 이득한 것이라고 말할 수 없다. 그렇다면 원판결이 본 논지에 게재한 바와 같이 "보통 확정판결에 의하여 그 당사자의 일방이 상대방에 대하여 갖는 권리를 상실하고, 이로써 상대방이 가령 이득을 얻는 일이 있어도, 이것은 확정판결로부터 발생하는 당연한 결과이고 법률상 원인 없이 이득 한 것이라고 말할 수 없다. 그리고 본건에서 상기 확정판결에 의하여 가령 피항소인(상고인)은 그 주장과 같이 매매대금청구를 상실하였기 때문에 항소인(피상고인)이 이익을 얻는 일이 있다고 하더라도, 부당이득을 원인으로 하여 그 반환을 구할 수 없다"고 설시하여 상고인의 본소 청구를 배척한 것은 실로 상당하고 아무런 위법이 없으며, 또한 위 원판결의 설시 자체에 비추어 명백한 바와 같이 피상고인의 수익이 부당이득이 되지 아니하는 법률상의 이유도 역시 해설하였으므로, 이유불비의 위법도 없고 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

73 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제32호 1916년 4월 14일 판결〕

【판결요지】

1. 목적물이 복수이지만 1개의 매매계약인 때에는, 그 중의 일부를 해제하고 다른 일부를 존속시키는 것은 법률의 특별한 규정이 있는 경우 이외에는 허용되지 아니한다(추가상고이유 제6, 7, 9점).

【제 1 심】 해주지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 오경조
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
【피상고인】 이철영
소송대리인 이기찬

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 12월 24일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 평양복심법원으로 환송한다.

【이 유】

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 매매의 목적물 중 진황지(陳荒地)의 증명절차에 관하여 피항소인(상고인)이 이행하라는 취지의 통지 이외 상당한 준비를 하였음에도 불구하고, 항소인(피상고인) 및 그 대리인 김양수의 태만에 의하여 그 절차를 완료할 수 없게 되었는지의 여부의 점에 관한 설명으로서, “또한, 갑 제7호증 및 을 제3호증은 계약이행의 최고에 대한 답변서로서 그 내용 중에는, 피항소인은 진황지의 증명절차에 관하여 언급

하면서, 또한 인장지참 등에 관하여 독촉한 점이 있지만, 사실상 과연 같은 절차에 관한 여러 종류의 준비를 한 후 그 독촉을 한 것인지의 여부는 이를 알 수 없다. 또한, 이것만으로는 증명절차의 태만에 관하여 누구에게 과실이 있는지를 알기 어려우므로, 결국 위 증명절차는 피항소인의 태만에 의하여 아직 이행되지 아니한 것으로 인정할 수밖에 없다"라고 설시하였다. 그러나 당해 설시에 관하여는, (1) 그 전단에서 "사실상 과연 같은 절차에 관한 여러 종류의 준비를 한 후 그 독촉을 한 것인지의 여부는 이를 알 수 없다"고 하고 있으나, 그 소위 여러 종류의 준비라는 것이 어떠한 준비를 지칭하는 것인지, 나아가 이를 설명하지 아니하고 있어, 당해 설시의 취지가 판명되지 아니한다. 따라서 원판결이 피항소인의 의무불이행을 인정한 이유를 알 수 없고, 결국 이유불비의 불법이 있다. (2) 또한, 후단에서 "이것만으로는 증명절차의 태만에 관하여 누구에게 과실이 있는지를 알기 어려우므로, 결국 위 증명절차는 피항소인의 태만에 의하여 아직 이행되지 아니한 것으로 인정할 수밖에 없다"고 하고 있으나, 증명절차의 태만에 관하여 누구에게 과실이 있는지를 알기 어려운 경우에 있어서는, 누구에게도 과실이 없다고 추정하는 것은 당연한 이치임에도 불구하고, 원판결은 함부로 피항소인의 태만에 의하여 아직 이행되지 아니한 것이라고 인정할 수밖에 없다고 단정한 것은, 이유불비이고 또한 입증의 책임을 그르친 불법이 있다.

살피건대, 피상고인(항소인)은 본건에 있어서 원고로서, 그 청구는 매수인인 피상고인이 매도인인 상고인(피고)에 대하여 매매계약해제에 기한 대금반환을 구하는 것이다. 계약해제의 원인의 하나로서 매매목적물 중 진황지, 원야(原野) 및 가옥에 관하여 상고인이 소유권이전증명의무를 불이행하였으므로, 매매계약을 해제한다는 취지의 주장을 하였으며, 이에 대하여 상고인은 증명은 계약성립 후 1년 내에 이를 이행하기로 약속하였는데, 1914년 6월 중 상고인이 피상고인에 대하여 그 이행을 구하는 취지의 통지를 하고, 같은 해 음력 10월 중 피상고인의 대리인인 김양수는 한 번 상고인에게 찾아왔지만, 상고인으로부터 이행 요구를 받았음에도 불구하고 그냥 가버렸기 때문에 결국 그렇게 되었다는 항변을 하였음은, 원심의 구술변론조서에 비추어 명백

하다. 그리고 증명의 신청은 당사자 또는 그 대리인이 증명관서에 출두하여 이를 하여야 하고, 매도인인 상고인(피고)이 단독으로 이를 할 수 없으므로, 계약의 기간 내에 증명이 없다는 한 가지만으로 증명의 무불이행의 책임을 상고인에게 돌릴 수 없다. 당해 불이행이 상고인의 해태에 원인이 있는 경우에 비로소 상고인에게 불이행의 책임이 있는 것이고, 또한 그 해태가 있다는 사실은 원고인 피상고인이 이를 입증하여야 한다. 만일 피상고인이 그 입증을 다하지 아니하고, 그 결과 상고인에게 해태가 있는지의 여부가 불명인 경우에는, 상고인에게 증명의무불이행의 책임을 돌릴 수 없다. 그런데 원판결 이유를 살펴보면, "진황지의 증명절차에 관하여는 피항소인(상고인)이 그 대리인의 항변과 같이 이행을 구하는 취지의 통지 이외 상당한 준비를 하였음에도 불구하고, 항소인(피상고인) 및 그 대리인 김양수의 태만에 의하여 그 절차를 완료할 수 없게 되었는지의 여부의 점에 관하여, 을 제2 내지 4호증 및 갑 제7호증 등의 증거만으로는, 아직 증명절차에 관하여 완전한 준비를 한 것이라고 인정할 수 없고, 또한 갑 제7호증 및 을 제3호증에 의하여는, 사실상 과연 같은 절차에 관한 여러 종류의 준비를 한 후 그 독촉을 한 것인지의 여부는 원래 이를 알 수 없으며, 또한 증인 김창오의 진술에 의하더라도, 이것만으로는 증명절차의 태만에 관하여 누구에게 과실이 있었는지를 알기 어려우므로, 결국 위 증명절차는 피항소인(상고인)의 태만에 의하여 아직 이행되지 아니한 것이라고 인정할 수밖에 없다"고 판시하고, 상고인이 증명절차에 관하여 완전한 준비를 하였다는 입증이 없다는 이유로, 바로 증명의무의 불이행은 상고인의 해태에 원인이 있는 것과 같이 인정한 것은 타당하지 아니하다. 왜냐하면, 전단 설시와 같이 증명의 신청은 매매당사자 쌍방의 행위에 의하여 이를 하여야 하므로, 상고인이 준비를 다하였다는 입증을 할 수 없어도 상고인의 항변과 같이 피상고인도 해태가 있기 때문에 증명을 얻을 수 없다는 사실이 된다면, 의무불이행의 책임을 상고인에게 돌리기 위하여는 피상고인에게는 아무런 해태가 없고, 상고인의 해태만이 그 원인이 되어 증명을 얻을 수 없었다는 사실을 원고인 피상고인이 입증하여야 한다. 원심 설시와 같이 상고인이 증명절차의 준비를 다하였다는 입증을 할 수 없다는 이유로, 증명의무의 불

이행이 상고인의 해태 때문이라고 인정할 수 없고, 또한 증명절차의 불이행이 증거상 당사자 쌍방 누구의 과실을 원인으로 하는지 불명인 경우에는, 당사자 쌍방에게 과실이 없다고 인정하여야 함은 두말할 필요가 없으므로, 이 경우에는 원고인 피상고인이 상고인에게 해태가 있었음을 입증하지 못하는 한, 상고인에게 해태가 있다고 논할 수 없음은 당연하다. 그렇다면 원심이 이에 반하여, 증명절차는 피항소인(상고인)의 태만에 의하여 아직 이행되지 아니한 것이라고 인정할 수밖에 없다고 판시한 것은 타당하지 아니하고, 상기 원심의 인정은 증거의 법칙에 위배된 불법이 있으므로 본 논지는 이유가 있다.

추가상고이유 제6점은 다음과 같다.

원판결은 본건 매매계약 및 화해계약을 가분적인 것이라고 인정하고, 항소인(원고)이 갑 제4호증의 2의 서면에 의하여 상기 계약 전부의 해제의 의사표시를 한 후에도, 항소인의 의사에 의하여 계약의 일부에 대하여 계약의 효력을 유지하고, 다른 일부에 대하여 계약해제에 의하여 원상회복청구권을 행사할 수 있다는 취지를 설시하였다. 통상 계약은 불가분임이 원칙이고, 계약의 해제는 특별한 규정 또는 의사표시가 없으면 당연히 그 전부에 미치는 것이다(대심원 1904년 판결 참조). 그리고 매매계약에 관하여는 민법 제563조 내지 제565조의 규정이 있다고 하여도, 이것은 동일한 목적물에 관하여 그 권리의 일부가 이전불능인 경우 또는 수량의 부족이나 물건의 일부의 멸실의 경우에 있어서의 대금감액의 권리를 정한 것이고, 본건 매매계약과 같이 복수의 목적물 중 그 일부분의 목적물에 대한 권리이전의 불능 또는 수량부족 등의 경우에 적용되는 것이 아니다. 또한, 항소인도 본소 청구의 원인은 계약해제에 따른 대금의 반환을 구하는 것이고, 계약불이행에 의한 손해배상 또는 대금감액의 청구를 하는 것이 아니므로(제1심 1915년 6월 14일 구술변론조서, 1915년 9월 20일자 사실보충서, 같은 해 같은 달 같은 날의 구술변론조서, 원판결 이유 중 사실적시 부분 참조), 상기 법조를 적용할 것이 아님은 명백하다. 다음으로 본건 매매계약 및 화해계약은 과연 원판결 인정과 같이 당사자의 의사표시에 의하여 가분적인 성질을 갖는지의 여부에 관하여 보건대, 본건 매매계약 및 화해계약의 기본인 갑 제3호증의 1(토지매매계약서)에 의하면,

그 첫머리에 매매의 목적물인 전답 31석 8두락 외 수필의 토지, 건물 등을 열기하고, 다음으로 이상 토지 각종을 정가 2만 원으로 약정하며, 정가 중 반액 1만 원을 금월 25일 내에 남항농공은행에서 환급하고, 나머지 1만 원을 1913년 음력 2월말에 필봉(畢棒)함을 약정하고라는 기재가 있으므로, 매매대금의 결정과 지급방법 및 매도인인 피항소인의 의무이행에 관하여 포괄적으로 약정하고 있을 뿐, 가분적인 것으로 추정할 수 있는 규정은 전혀 없다. 즉, 계약의 전문을 살펴보더라도, 불가분적인 것임은 실로 명백하다. 원판결은 “(전략) 그리고 본건에서는 증인 장윤모 및 이만순의 진술에 의하여, 또한 그 기재 자체로부터도, 갑 제1호증의 1, 2에 기재된 토지가 매매의 목적물 중 전답 부분에 해당함을 인정할 수 있고, 그 대가는 합계 금 7,090원이라고 기재되어 있으므로, 특히 표면상 그 대가를 기망하였다는 반증이 없는 한, 그 비율로 전답 전부의 매매를 한 것으로 인정할 수밖에 없으며, 또한 종인(種籾)이 대가 금 100원의 비율로 매매된 것은, 피항소인 대리인이 인정하는 바로서 위 전답 및 종인(種籾)은 결국 대금 7,190원의 비율로 매매되고, 그 나머지 목적물 즉, 피항소인이 아직 완전히 매도인으로서 의무를 이행하지 아니한 부분의 목적물은 그 잔금 12,810원의 비율로 매매된 것이라고 하여야 한다”라고 판시하고, 이에 의하여 본건 매매계약 및 화해계약은 가분적인 것이라고 단정하였다. 그러나 상기 증인 장윤모 및 이만순의 진술 중에서, 원판결 인정과 같이 전답 대금과 다른 목적물의 대금을 제각각 결정한 취지의 기재가 없고, 뿐만 아니라 당사자도 갑 제1호증의 1, 2에 관하여 전답 대금은 다른 목적물과 분리하여 제각각 그 대금을 판정한 것이라는 진술을 한 적이 없다. 오히려 항소인은, 갑 제1호증의 1, 2에는 이만순이 전답에 관하여 결수련(結數連) 명부상의 명의이전절차를 할 때에 항소인의 승낙을 얻지 아니하고 이를 피항소인 및 그의 아들인 찬영으로부터 수취한 것이라고 진술한 것이다(1915년 9월 20일자 사실보충신청서, 같은 해 같은 달 같은 일 구술변론조서, 원판결 사실적시 부분 참조). 이에 기초하여 보건대, 항소인은 갑 제1호증의 1, 2의 계약서에 의하여 전답 대금을 다른 목적물의 대금과 구별하여 결정한 것이라는 진술을 하지 아니하였음은 명백하다. 뿐만 아니라 오히려 갑 제1호증의 1, 2는 항

소인의 승낙이 없이 작성된 것임을 주장한 것이다. 아울러 1915년 9월 20일자 사실보충신청서, 같은 해 같은 달 같은 일의 구술변론조서에 의하면, 항소인은 본건 계약의 목적 전부를 대금 20,000원으로 정하여 매매계약을 체결한 것이라고 주장한 것이 명백하다. 그런데 원판결이 본건 계약이 가분적인 것인지의 여부를 판단하면서, 당사자의 의사를 추측함에 있어, 당사자가 명언한 의사에 반하고, 함부로 법원의 독단적인 의견에 의하여 갑 제1호증의 1, 2를 해석하여 가분적인 것이라고 판단한 것은 법률에 위배되며, 부당하게 사실을 인정한 불법이 있을 뿐만 아니라, 실로 이유불비의 불법이 있다.

추가상고이유 제7점은 다음과 같다.

원판결은 전항에서 언급한 바와 같이 갑 제1호증의 1, 2에 의하여 전답대금은 다른 목적물의 대금과 구별하여 이를 결정한 것이라고 인정하고, 본건 계약이 가분적인 것이라고 인정하였다. 본건 계약이 가분적인지의 여부는 실로 항소인 청구의 당부를 결정함에 있어 가장 중요한 사항이기 때문에, 이 점에 관하여 당사자가 적극적으로 명백한 진술을 하지 아니한 경우에는, 법원은 민사소송법 제112조에 의하여 당사자에 대하여 그 석명을 구하여야 한다. 그런데 본건에서 당사자는 계약이 가분적인지의 여부 및 갑 제1호증의 1, 2가 전답 대금을 7,090원으로 결정하고 이를 다른 목적물과 구별한 것인지의 여부의 점에 관하여, 명확한 진술을 하지 아니하였음에도 불구하고, 법원은 당사자에 대하여 아무런 석명을 구하지 아니한 채 함부로 독단적 의견에 의하여 부당하게 사실을 확정하였다. 따라서 원판결에는 석명권행사에 관한 법칙을 위반한 불법이 있다.

추가상고이유 제9점은 다음과 같다.

원판결은 그 이유에서 “갑 제1호증의 1, 2에 기재된 토지가 매매의 목적물 중 전답 부분에 해당한다고 인정할 수 있고, 그 대가는 합계금 7,090원으로 기재되어 있으므로, 특히 표면상 그 대가를 기망하였다는 반증이 없는 한, 그 비율로서 전답 전부의 매매를 한 것으로 인정할 수밖에 없다”라고 설시하여 본건 매매계약이 가분적이라는 취지로 판단하였다. 그러나 갑 제1호증의 1, 2에 관하여는 앞서 말한 바와 같이(제6점 참조), 원심에서 항소인이 그 승낙하에 작성된 것이 아님

을 주장하였을 뿐만 아니라, 당해 증거는 단지 결수련 명부상의 명의 이전절차를 위하여 작성한 것에 불과하고, 본건 매매계약의 기본인 이만순과 피항소인 간의 매매계약(갑 제3호증의 1)의 내용의 일부를 구성하는 것이 아니다. 또한, 그 추가계약이라는 것도 아니다. 이에 더하여 항소인과 피항소인 간의 화해계약(갑 제2호증)에 의하여도 그 문기 기재 내용 중 '좌기' 다음에 "1. 을은 1912년 음력 11월 16일에 이만순이 갑의 소유지에 대하여 체결한 토지매매계약을 이행할 의무는 을의 부담으로 한다", "1. 갑은 1912년 11월 16일에 체결한 토지매매계약의 본지에 기하여 황해도 장연군 해안면 연화평 내에 소재하는 갑이 소유하는 토지 전부를 을에게 인도할 것을 승낙한다"라는 기재가 있고, 갑 제1호증의 1, 2의 매매계약에 관하여는 아무런 기재도 없다. 즉, 당해 화해계약은 이만순과 피항소인 간에 체결된 토지매매계약(갑 제3호증의 1)을 기본으로 하는 것임이 명백하다. 그리고 이와 동시에 갑 제1호증의 1, 2의 매매계약은 당해 화해계약의 내용을 이루는 것이 아니라는 것 또한 실로 명백하다. 그런데 원판결이 본건 매매계약의 내용과 아무런 관계가 없는 갑 제1호증의 1, 2에 의하여 계약이 가분적이라고 판단한 것은, 법률에 위배되고 부당하게 사실을 확정한 위법이 있다. 또한, 원판결에서 갑 제1호증의 1, 2에 의하여 본건 매매계약이 가분적이라고 판단하려면, 갑 제1호증의 1, 2는 화해계약의 내용의 일부라는 점 및 이만순과 피항소인 간의 매매계약의 내용의 일부라는 점에 대하여 설명하여야 한다. 그런데 이 중요한 점에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하고 바로 판단을 내린 것은, 이유불비의 위법이 있다. 특히, 원판결은 그 이유의 모두에서 "살피건대, 1913년 12월 4일 본건의 당사자 간에 체결된 화해계약이 이에 앞서 본 1912년 13월 4일 (음력 11월 16일) 소외 이만순과 피항소인과의 사이에 이루어진 매매계약을 기초로 하는 것임은, 당사자 사이에 다툼이 없다"고 설시하고, 그 반면에 갑 제1호증의 1, 2는 위 화해계약과 아무런 관계도 없음을 판시하였음에도 불구하고, 후단에 이르러 갑 제1호증의 1, 2를 원용하여 전답 대금을 7,090원으로 결정하는 계약이 존재하는 것과 같이 인정하였으며, 이에 의하여 본건 계약을 가분적이라고 판단한 것은, 그 이유에 상호모순되는 불법이 있다.

살피건대, 법원이 민사소송의 판결을 함에 있어서는, 당사자의 신청이 기본이 되는 것이므로 만일 당사자가 신청하지 아니한 사실에 의하여 판결을 하거나, 당사자의 신청이 명확하지 아니함에도 불구하고 이를 석명시키지 아니하고 판결을 한 때에는, 그 판결이 위법함은 물론이다. 본건에서 원고인 피상고인의 주장을 살펴보면, 원심구술변론조서(1915년 9월 20일)에서 항소인 대리인(피상고인)은 사실보충서 기재와 동일한 내용의 진술을 한 것으로 되어 있다. 같은 대리인이 제출한 사실보충신청서에 “1. 피항소인(피고)은 1912년 음력 11월 16일 소외 이만순에 대하여 위와 같은 매매계약을 하였다. 1. 피항소인은 그 소유의 황해도 장연군 해안면 연화평 소재 답 31석 8두락, 전 17두락, 진황지 17만 평, 원야 약 7만 평, 복경(洑坰)수세(收稅)권, 양 발지(潑池)공동인수권, 농촌의 기와집 한 채 및 종인(種籾) 25석을 대금 2만 원으로 매도한 사실(중략), 4. 그런데 피항소인은 1913년 10월경 갑자기 항소인을 상대방으로 하여, 이만순은 항소인의 대리인으로서 매매계약을 한 것이라고 하면서, 매매대금잔액지급청구의 소를 제기하였다. 이에 항소인은 직접 대금을 지급할 의무가 없다고 하여 이를 다투던 중, 수회 구술변론을 거쳐 조정(調停)되는 것이 있으므로, 같은 해 12월 4일 쌍방 간에 다음과 같이 화해계약을 체결하였다. 1. 항소인은 종래 이만순이 피항소인에 대하여 한 행위는 모두 항소인의 대리인으로서 한 것이라고 보고, 이만순이 이행하여야 하는 의무를 부담하는 점(중략), 5. 그런데 그 후 피항소인은 상기 화해계약에 의하여 부담한 의무를 이행하지 아니하였고, 항소인은 1914년 12월 중 상당한 기간을 정하여 피항소인에 대하여 의무의 이행을 최고하였지만 응하지 아니하므로, 위 화해계약을 해제하고 본소를 제기하기에 이르렀다”고 되어 있고, 그 신청이란 전답 기타의 물건 및 권리를 포괄하여 매매의 목적으로 한 1개의 매매계약이 존재하고 있다는 것으로, 전답 기타 각개의 목적물마다 각각 별개의 매매계약이 존재한다는 취지로 볼 수 없다. 이에 더하여 위 화해계약의 성립을 증명하는 갑 제2호증에는 “1. 을(피상고인)은 1912년 음력 11월 16일 이만순이 갑(상고인)의 소유 토지에 대하여 체결한 토지매매의 이행의무는 을이 부담한다”로 되어 있고, 또한 이만순과 상고인 간의 토지매매계약을 증명하는 갑 제3호

증의 1에는 “1. 정답(正畓) 31석 8두락, 1. 전 17두락, 1. 진황지 60여 석락(落)(중략), 1. 농촌의 기와집 1채, 1. 종곡조(種穀租) 25석 이상 토지 각종을 정가 2만 원으로 약정하고”라고 되어 있다. 위 각 증거에 의하더라도 전답 및 종인(種籾)과 다른 목적물에 대하여 각각 별개의 매매계약을 한 것이라는 취지를 인정할 수 없다. 그렇다면 위와 같은 피상고인의 신청 및 입증만으로는, 피상고인의 주장은 전게 수개의 목적물을 포괄하여 1개의 매매계약을 체결하였다는 취지라고 해석하여야 한다. 원심구술변론조서에 의하면, 항소인 대리인(피상고인)이 갑 제1호증의 1, 2를 제출하고, 전답만의 대금을 7,090원으로 정하였음을 입증한다는 신청을 하였음이 명백하다고 하여도, 그러한 것은 단지 전답대금에 관하여 입증을 한 것에 불과하고, 이 신청으로 전답에 관하여는 다른 목적물과 분리하여 별개의 매매계약을 하였다는 주장을 한 것으로 해석할 수 없다. 또한, 위 갑 제1호증의 1, 2의 매매계약이 갑 제2호증 화해계약의 내용을 이루는 것이라는 사실은, 피상고인이 전혀 주장하지 아니하였을 뿐만 아니라, 오히려 피상고인은 갑 제1호증의 1, 2는 피상고인의 승낙이 없음에도 불구하고, 이만순이 함부로 상고인으로부터 수취한 것이라는 주장(사실보충신청서)을 한 것을 보더라도, 피상고인은 전답에 관하여 목적물을 분리하여 별개의 매매계약을 하였다는 주장을 한 것이라고 인정할 수는 없다. 또한 종인(種籾)에 관하여도 피상고인이 별개의 매매계약이라는 신청을 한 것으로 인정할 흔적이 없다. 나아가 계약해제의 점에 관한 피상고인의 주장을 살펴보면, 위 사실보충신청서에 “항소인은 1914년 12월 중 상당한 기간을 정하여 피항소인에 대하여 의무의 이행을 최고하였지만 응하지 아니하므로, 위 화해계약을 해제하고”라고 되어 있고, 화해계약이란 상기 갑 제2호증의 계약을 가리키는 것이며 이를 해제한다는 것은, 즉 전단에 설시한 것과 같은 수개의 목적물을 포괄한 1개의 매매계약을 해제한다는 취지라고 해석하여야 한다. 만일, 위와 같은 해석에 반하여 법원이 피상고인의 신청이, 매매계약은 각 목적물마다 분할하여 성립하고, 계약과 해제도 분할하여 행하여진 것을 주장하는 것으로 인정하려면, 우선 피상고인에게 석명을 구하여 이를 명확히 한 후, 그와 같은 인정을 하여야 한다. 따라서 이러한 석명을 구하지 아니하고 바로

상기와 같은 인정을 하고, 그에 따라 판결을 한 것은, 당사자의 신청에 의하지 아니하고 판결을 한 것이다. 그런데 원심구술변론조서를 보면, 이 점에 관하여 아무런 석명도 구하지 아니하였고, 그 판결이유에서 “본소의 매매에 있어서와 같이 본래 전답 및 종인(種籾)과 그 나머지의 목적물을 구별하여 각각 별개로 매매의 목적물로 할 수 있는 경우에는, 당사자가 가령 당초의 매매계약 또는 화해계약에서 그 대금을 통산하고 편의상 이를 합하여 목적물로 하였다고 하더라도, 이는 원래 당사자의 임의인 동시에 그 계약을 해제함에 있어서도 본래 2개 이상의 계약의 목적물을 합하여 편의상 1개의 계약의 목적물로 한 것으로 인정할 수 있는 경우에는, 각각 별개로 이를 구분하여 그 각 부분에 관하여 해제를 할 수 있는지의 여부를 결정하는 것도 역시 당사자의 임의이다. 따라서 법원도 역시 자유롭게 그 각 부분에 대한 해제의 효과를 정할 수 있고, 위 전답 및 종인(種籾)은 결국 대가 7,190원의 비율로 매매되고, 그 나머지의 목적물 즉, 피항소인이 아직 완전히 매도인으로서의 의무를 이행하지 아니한 부분의 목적물은 그 잔금 12,810원의 비율로 매매되었다고 하여야 한다. 결국 피항소인은 이 제1회의 통지에 의하여 2주일의 유예기간을 얻었음에도 그 이행을 하지 아니하였고, 이에 의하여 당해 계약은 같은 기간의 경과와 함께 해제된 것으로 인정하여야 한다. 위 이행의 최고 및 계약해제의 의사표시는 목적물의 전부에 관하여 행하여진 것이라고 하더라도, 전답 및 종인(種籾)에 대한 계약에 관하여는 그 이행 사실을 확정한 후가 아니면 해제의 효과를 정할 수 없고, 게다가 본건에서는 이러한 목적물에 대한 대가의 반환을 구하는 것이 아니므로, 목적물이 가분인 관계상 그 사실을 확정할 필요가 없으며, 앞서 설명한 바와 같이 위 해제의 통지는 적어도 위 불이행에 관계된 목적물에 관하여는 완전한 해제의 효과를 발생시키기에 충분하다”고 판시하고, 마치 피상고인의 주장이 전답 및 종인(種籾)에 대한 매매계약과 기타의 목적물에 대한 매매계약으로 2개 이상의 계약이 존재한다는 것인 양 인정하여 판단을 한 것은, 전단에 설시한 바와 같이 피상고인의 신청에 기하지 아니하고 판결을 한 것이라고 하지 않을 수 없다. 만일 그것이 피상고인의 주장을, 전단 설시와 같이 <u>본건의 매매계약은 전답 기타 수개의 목적물을 포괄한 1개</u>

의 매매계약으로서 위 계약을 해제한 것이라고 확정한 것이라면, 위 해제는 매매의 목적물 전부에 대하여 행하여진 것이므로, 민법 제563조와 같은 법률에 특별한 규정이 있는 경우 이외에는, 이를 분할하여 일부의 목적물에 관하여는 매매를 존속하게 하여 매수인의 소유로 돌리고, 일부의 목적물에 관하여는 매매의 효력을 소멸시켜 대금반환을 구한다는 것과 같은 것은 허용되지 아니한다. 왜냐하면, 1개의 계약에 관하여 그 일부를 해제하고 다른 일부를 존속시키는 것을 허용한다면, 해제권자는 자기에게 이익이 되는 부분은 이를 존속시키고, 자기에게 불이익이 되는 부분은 이를 해제하는 것과 같은 경우가 발생하여, 매우 불공평한 결과가 발생하기 때문이다. 이에 반하여 피상고인의 주장을, 목적물을 달리하는 수개의 매매계약이 존재하고, 단지 편의상 대금을 통산하여 1통의 계약서에 이를 기재한 것에 불과한 사실에 기한 것이라고 한다면, 각각 별개의 매매계약은 각각 독립하여 해제할 수 있음은 당연하므로, 통산한 대금을 분할한 다음 해제한 목적물에 상당하는 대금의 부분에 관하여 반환을 청구할 수 있음은 두말할 필요가 없다. 그렇다면 본건에서는 피상고인에 대하여 그 주장하는 위 두 가지 중 어디에 속하는 것인지를 석명하고, 이를 명확히 한 후에 그 청구의 당부를 판단하여야 함에도, 원심이 피상고인의 주장에 관하여 석명을 하지 아니하고 바로 판결을 한 것은 타당하지 아니하다. 본 논지는 이유가 있고 원판결은 파기를 면할 수 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 있으므로, 그 나머지의 상고논지에 대한 설명을 생략하고, 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

74 토지소유권확인, 손해배상청구 및 반소청구에 관한 건 〔대정5년민상제51, 52호 1916년 4월 14일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서는 태아라 하더라도 출생하고, 또 남자인 때에는 태아인 때로 소급하여 이미 출생한 것으로 간주하고, 상속권을 갖는 관습이 있다(상고이유 제4점).

1. 조선에서 장자라 하여도 종가의 양자가 될 수 있다(상고이유 제6점).

【제 1 심】 함흥지방법원 원산지청

【제 2 심】 경성복심법원

【상고인】 장두룡
소송대리인 조창외무철(朝倉外茂鐵, 아사쿠라)

【피상고인】 장연수
법정대리인 친권자 윤정희

위 당사자 간의 토지소유권확인, 손해배상청구 및 반소 청구사건에 관하여 1916년 1월 10일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주　문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이　유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 "항소인(상고인)이 장덕준으로부터 증여를 받은 부동산은 같은 사람이 이미 전부 이를 탕진한 사실을 인정하기 충분하므로"이라고 판시하여 증여의 사실을 인정하고 있음에도 불구하고, 다른 곳에서는 "증여를 받은 사실에 관하여는 이를 증명할 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라"라고 판단하면서, 본건 계쟁지 중의 일부는 상고인이 장덕준으로부터 증여를 받은 것이라는 취지의 상고인의 항변을 배척한

것은, 전후 모순되고 결국 이유의 불비가 있는 불법한 재판이다. 만일 원판결에서 설시한 소위 부동산이란 것이 계쟁지 이외의 것을 가리키는 의미라고 한다면, 그 취지를 이유를 붙여 판시하여야 함에도 전혀 아무런 설명, 판시가 없는 것은 이 또한 이유불비의 재판임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결 중 전단의 취지는, 상고인은 본건 부동산 중 상자(裳字) 43번, 답 상자(裳字) 44번, 답 위자(位字) 15번 전(田) 및 유자(有子) 6번 전은 상고인이 망 장덕준으로부터 증여를 받은 것이라는 취지로 항변하지만, 위 자(字) 전답의 증여를 받았다는 사실은 증거가 없으므로 이를 인정하기 어렵다는 것이다. 또한, 후단의 취지는 상고인이 장덕준으로부터 증여를 받은 부동산, 즉 전단 열기 이외의 부동산은 상고인이 전부 이를 탕진한 사실을 인정하기에 충분하다는 것임은, 판결문상 명백하므로 조금도 전후 모순되는 것이 아님은 물론, 후단에 소위 '부동산'이란 전단 열기 이외의 부동산을 가리키는 것도 역시 원판결의 문구 자체에 비추어 명백하므로 이유불비가 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상기 증여의 사실에 관하여는 갑 제6 내지 제10호증, 을 제2호증의 1, 2 및 같은 제3호증과 같은 신빙력의 유무 경중은 별도로 하고, 우선 많은 증거가 있음은 당해 증거 자체로도 명백하다. 단, 위 을호 각 증에는 증여의 사실이 직접 명기되어 있지 않다 하더라도, 같은 호증 중에 있어서의 본 지소(地所)가 장두룡(상고인)의 소유임은 같은 사람이 금전을 낭비하고 재산을 탕진할 우려가 있으므로 토지보존을 위하여 일시적으로 명의를 윤정희에게 변경한 것 등의 기재와, 본건 지소가 원래 장덕준의 소유인 점에 관하여는 당사자 사이에 다툼이 없는 사실이라는 취지의 원판결의 인정 및 상고인의 항변을 종합 고려할 때에는, 같은 각호증은 명백히 증여의 사실을 기재한 것이고, 따라서 증여의 증거로 인정하기에 충분하다. 특히, 원판결은 위 갑호 각 증 중 8, 9, 10호증과 같은 것은 증여를 받은 취지를 명기하고 있음을 인정하고 있기 때문이다. 과연 그렇다면 증여의 사실에 관하여는 원래 하나의 증거도 없다고 말할 수 없음에도 불구하고 원판결은 이를 증명할

아무런 증거가 없다고 속단하였다. 이는 이유 없이 유를 무로 하고 또한 자신의 인정에 반하여 판정을 내린 것으로 결국 이유불비의 불법한 재판이다.

살피건대, 소론의 갑 제6호증 내지 갑 제10호증에 의하여는, 소론의 전답을 장덕준이 상고인에게 증여한 사실을 인정하기 어렵고, 을 제2호증의 1, 2 및 을 제3호증에 의하여 계쟁지 중 상자(裳字) 답위자전유자전(畓位字田有字田)이 상고인의 소유임을 인정할 수 없다는 것이 아니므로, 이를 당사자 간에 다툼이 없는, 위 전답은 원래 장덕준의 소유인 사실과 대조함으로써 증여의 사실을 인정할 수 없다는 것이 아니라고 하여도, 위 서증을 신용하는지의 여부는 원심의 직권에 속하므로 원심이 전게 전답에 대한 증여의 사실에 관하여는 이를 증명할 아무런 증거가 없다는 취지로 판시한 것은, 필경 상기 서증을 신용할 수 없다고 한 결과에 불과함이 명백하므로, 이를 비난하는 논지는 이유가 없다. 또한, 원심이 갑 제10호, 같은 제9호, 같은 제8호, 같은 제6호의 각 증거에 의하여 상고인이 장덕준으로부터 증여를 받은 부동산은 같은 사람이 이를 탕진하였다고 인정하고, 그리고 그 부동산은 계쟁의 전답 이외의 것을 가리키는 것임은 상고논지 제1점에서 설시한 것과 같으므로, 이 점 논지도 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 “본건 계쟁지의 일부는 상고인이 윤정희로부터 매수한 것이다”라는 항변에 대하여 “그런데 항소인은 입증 중 달리 매매의 사실을 확인할 만한 것이 없으므로 당해 항변도 역시 채용할 수 없다”라고 판정하여 상고인의 항변을 배척하였지만, 을 제2호증의 1 및 같은 제3호증에는 적확하게 매수라는 사실이 명기되어 있지 아니하다. 원래 실험법칙에 반하는 문서 또는 계약의 해석은 유법칙(猶法則) 위배의 판결임을 면할 수 없음은 대심원판례{명치45년(オ)제101호, 1912년 7월 9일 판결, 대정2년(オ)제434호 1914년 11월 20일 판결}가 인정하는 바이다. 따라서 만일 원판결이 상기 을 각 호증의 해석상 결과로서 매매의 사실을 확증할 만한 것이 없다고 판정한 것이라면, 같은 판례가 인정하는 법칙에 반하는 불법한 재판이 된다. 이에 반하여 단지 증거가 없다고 한다면, 이 역시 이유 없이 유를 무로 한 불법이 있다고 말하

여야 한다. 특히, 원판결이 용이하게 신용하기 어렵다고 하여 배척한 진술의 기재가 있는 을 제2호증의 5는, 피상고인이 원심에서 이를 인정하고 있을 뿐만 아니라 나아가 이를 그 이익으로 원용한 이상, 원심은 이에 반하는 사실을 인정할 수 없는 논리임에도 불구하고, 이를 감히 한 불법이 있다.

살피건대, 을 제2호증의 1 및 을 제3호증에 의하면, 계쟁지 중 자자전(字字田)을 상고인이 윤정희로부터 매수한 사실을 인정할 수 없는 것이 아니라고 하여도, 원심이 위 매매의 사실을 확증할 만한 것이 없다는 취지로 판시한 것은, 상기 서증을 신용하지 아니한 결과임이 명백하다. 즉, 증거채부에 관한 원심의 직권을 행사한 것에 불과하고 소론과 같은 실험법칙에 반하여 문서를 해석한 경우에 해당하지 아니함은 물론, 이유 없이 유를 무로 한 불법이 있는 것도 아니다. 또한, 을 제2호증의 5는 피상고인이 그 성립을 인정하였음이 원심구술변론조서에 의하여 명백하다고 하여도, 단지 서면의 성립만을 인정한 것에 불과하고, 그 내용 전부를 인정한 것이 아님은 피상고인의 주장 자체에 비추어 명백할 뿐만 아니라, 피상고인이 위 서증을 채용한 것은 피상고인을 위하여 이익이 되는 부분을 원용한 것으로, 피상고인을 위하여 불이익한 부분 즉, 자자전(字字田)은 장두룡이 윤정희로부터 매수한 것이라는 부분을 원용한 것이 아님은 두말할 필요가 없으므로, 원심이 이에 대하여 을 제2호증의 5 중 당해 부동산은 항소인(상고인)이 윤정희로부터 매수한 것이라는 취지의 진술 기재가 있어도, 용이하게 신용하기 어렵다고 판시한 것은 이 역시 증거채부에 관한 직권을 행사한 것에 불과하고, 원판결에는 소론과 같은 위법한 점이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

피상고인이 지난 1905년 중 그 부친 장두현의 사망 후 출생한 것은 당사자 간의 다툼이 없는 사실(원판결 사실적시 참조)이다. 그리고 태아가 출생하여 남자가 될 때라고 하여도 상속개시 당시에 소급하여 상속을 한 것이라고 간주할 수 없음은, 조선 고래의 관습으로 현저한 사실이다(그 때문에 실제로 갑 제2호증 및 제10호증에는 명백히 두현의 처 윤정희가 상속하였다고 되어 있다). 따라서 장두현 사망 당시

아직 태아인 피상고인은 상속인이 될 수 없음에도 불구하고, 원판결이 위 관습에 반하여 단지 피상고인이 두현의 실자라는 사실만에 의하여 바로 “본건 부동산은 같은 사람(장덕준)으로부터 두현을 거쳐 실제로 피항소인이 이를 상속하였다”고 속단하고, 피상고인이 태아임에도 불구하고 두현 가(家)를 상속한 것이라는 취지로 판단한 것은 위와 같은 현저한 관습에 반하는 불법한 재판이다. 이에 더하여 피상고인이 가령 상고인의 항변에 반하여 두현의 실자라고 하더라도, 같은 사람은 두현이 타인의 처와 간통한 결과 출생한 사생자이다. 그리고 사생자는 부가 인지하지 아니하면 그 상속을 할 수 없음은 이 역시 조선의 관습임에도 불구하고, 원판결이 그 인지의 사실을 확정치 아니하고 상속권이 있다고 판정한 것은 불법하다.

살피건대, 태아라 하여도 출생을 하고 또한 남자인 경우에 있어서는 태아인 때에 소급하여 이미 출생한 것으로 간주하고 상속권을 갖는다는 것은 조선의 관습에서 인정하는 바이므로, 피상고인이 그 부친 장두현은 1905년 음력 6월 7일 사망하고 피상고인은 같은 해 음력 11월 8일 출생하였다는 취지의 주장을 한 것에 대하여, 원심이 피상고인이 그 부친 장두현의 가독을 상속한 것이라는 취지를 인정한 것은 위법하지 아니하다. 또한, 원심 구술변론조서에 의하면, 상고인은 원심에서 단지 피상고인은 1905년 8월 16일 출생한 것으로 장두현의 자가 아니라고 항변한 것에 불과하고, 피상고인은 장두현의 사생자로서 장두현이 인지를 한 사실이 없다는 항변은 이를 제출하지 아니하였으므로, 원심이 이 점에 대하여 피상고인은 장두현의 실자라고 판단한 것에 그치고 사생자인지의 사실이 있는지의 여부의 점에 관하여 판단을 하지 아니한 것은 상당하다. 왜냐하면, 법원은 직권조사에 속하는 사항 이외의 사실에 관하여는 당사자가 신청하지 아니한 사실에 대하여 판단을 할 필요가 없기 때문이다. 본 논지는 조금도 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

갑 제2호증에는 윤정희가 상속하였다는 취지, 같은 제9호증에는 연수라는 자가 상속한 취지의 명기는 있어도, 모두 피상고인이 장두현의 실자로서 두현의 상속을 한 취지의 기재가 없고, 특히 같은 부자관계에 관하여는 갑 제2호증 중 한 마디도 찾을 수 없음에도 불구하고, 같

은 호 및 같은 제9호증에 의하여 그러한 사실을 인정하는 증거로 삼은 것은, 증거 법칙에 반하는 불법한 재판이다.

살피건대, 원판결의 이유를 보건대, “장두현은 장덕준의 양자로서 덕준의 사망 후 그 가독을 상속한 사실 및 피상고인은 위 장두현의 실자로서 두현을 상속하기에 이른 사실은 갑 제1호증의 1, 같은 제2호증, 같은 제9호증 및 증인 이응화, 박소사(이응화의 처), 문소사의 진술에 의하여 명백하다”라고 되어 있다. 그리고 갑 제2호증에는 “도창에 있는 자자전(字字田) 3식경(息耕)과 2일경(日耕) 및 1식경은 이전 장덕준의 소유였지만 같은 사람의 사망으로 장두현이 이를 소유하고”라고 되어 있으므로, 이를 상기 원심의 인정사실과 대조해 보면, 원심이 갑 제2호증을 원용한 것은 전게 기재의 부분에 있고, 소론의 장두현 사망 후 윤정희가 이를 상속하였다는 부분은 이를 원용하지 아니한 것임이 명백하다. 또한 갑 제9호증 중 “두현 사망 후에는 같은 사람의 아들인 연수가 상속한 것입니다”라는 기재가 있고, 연수(演洙)와 연수(連守)는 한글 발음상 동일하므로 원심이 위 연수(演洙)라고 되어 있는 것을 피상고인을 가리키는 것이라고 해석한 것 역시 명백할 뿐만 아니라, 원심 원용의 갑 제1호증 민적등본에는 장연수(張連守)의 부 장두현, 호주 장두현 사망에 의하여 광무 10년(1906년) 8월 1일 호주가 되었다는 취지의 명기가 있으므로, 위 각 증거와 전게 증인의 증언을 종합하면, 피상고인은 장두현의 실자로서 장두현의 가독을 상속한 것이라는 사실을 인정할 수 있으므로, 소론과 같은 위법한 점이 없고 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

“장덕준의 제(弟)로 명준이 있고 그 장남은 두현으로서 2남은 항소인(상고인)이다. 두현은 덕준의 양자가 된 자로서 윤정희는 그 처이다. 그리고 두현은 1905년 음력 6월 7일 사망하고 피항소인은 같은 해 음 11월 8일 출생”이라는 것은, 피상고인이 원심에서 주장한 바로서, 상고인은 피상고인의 출생시는 8월 16일이라는 사실을 제외하고, 전부 다투지 아니하였음은 원판결 사실적시의 부분을 보면 명백하다. 그리고 고래 조선에서는 장남인 이상은 여하한 사정이 있어도 이를 폐적할 수 없다. 따라서 타가(他家)에 들어가 양자가 될 수 없음은 가장 현

저한 관습이므로, 명준의 장남인 두현이 폐적 후 덕준의 양자가 되었다고 하여도 이것은 전적으로 무효라고 말하여야 한다. 따라서 같은 사람이 덕준을 상속하였다는 점도 역시 동일하게 무효가 됨은 명백하다. 과연 그렇다면 그 무효인 상속을 다시 상속하였다는 피상고인의 상속도 역시 법률상 아무런 효력도 없는 것이라고 단정하여야 한다. 그런데 원판결은 이 관습을 무시하여 두현의 상속을 정당하다고 인정하고, 나아가 피상고인의 상속도 당연히 유효라고 한 결과, 본건 각 부동산을 같은 사람의 소유라고 판정한 것은 현저한 관습에 반하는 불법한 재판이다.

살피건대, 조선에서 장자라고 하여도 어떤 경우에는 종가의 양자가 될 수 있고, 절대로 장자는 타가의 양자가 될 수 없다는 관습은 존재하지 아니할 뿐만 아니라, 원심에서 상고인은 장덕준의 상속인이 장두현이라는 점을 다투지 아니하였음은 원심의 구술변론조서(1915년 9월 29일)의 기재에 비추어 명백함에도 불구하고, 지금에 와서 이를 다투는 것으로 원판결을 비난할 수는 없다 할 것이므로, 원심의 인정은 불법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

75 토지대금청구에 관한 건 〔대정5년민상제56호 1916년 4월 14일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제557조에 의한 해제권은 당사자 간에 이를 행사할 수 없음을 특약할 수 있다(상고이유 제1, 2점).

[참 조] 매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는, 당사자의 일방이 이행에 착수하기까지는 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을

상환하여 계약의 해제를 할 수 있다(민법 第557조).

【제 1 심】 경성지방법원 개성지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 이복환
소송대리인 김찬영
【피상고인】 임수전

위 당사자 간의 토지대금 청구사건에 관하여 1916년 2월 2일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결의 이유 중 “항소대리인은 본건 매매계약은 아직 이행에 착수되지 아니하였으므로 계약금인 상신금(相信金) 20원을 포기하여 계약을 해제할 수 있다고 항변하나, 을 제1호증에 매도인은 타인에게 증가(增價)에 의하여 매도할 수 없고 매수인은 낙가(落價)에 의하여 퇴각할 수 없다는 약관이 있는 점에 비추어 보면, 본건 매매는 상신금을 포기하여 계약을 해제할 권리를 매수인에게 유보하여 체결된 것이 아니다. 오히려 당사자는 임의로 계약을 해제할 수 없다는 취지로 체결한 것이라고 인정할 수밖에 없다”고 설시하였다. 그러나 민법상의 계약은 민법에서 해제권이 인정된 자가 아니면 임의로 이를 해제할 수 없음은 물론이고, 민법 제557조 제1항의 경우에도 역시 민법상의 일종의 해제권임은 의문이 없다. 그리고 토지매매를 함에 있어서 당사자가 특히 임의로 계약을 해제할 수 없다는 약관을 붙여도, 이로써 민법에서 인정된 해제권을 포기하였다고 말할 수 없다. 왜냐하면, 임의로 해

제할 수 없다는 것은 즉, 해제권이 없고 해제를 할 수 없다는 의미로서, 해제권이 없는 경우를 상상한 것이 되기 때문이다. 따라서 원판결은 위 약관의 취지를 오해하고 나아가 상고인의 계약해제권을 무시한 위법이 있다. 또한, 같은 조의 해제권은 일반적인 매매계약에 당연히 부여된 것으로, 당사자가 특히 같은 조에 의한 해제권을 유보하는 약관을 할 필요는 없다. 그렇다면 원판결의 취지가 당사자 간에 같은 조의 해제권을 유보한 계약이 없으므로 상고인에게 해제권이 없다고 한 것이라면, 같은 조를 오해한 위법한 판결임을 면할 수 없다.

또한, 상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건 매매계약(을 제1호증) 제4항에서 정한 “매도인은 타인에게 증가에 의하여 매도할 수 없고, 매수인은 낙가에 의하여 퇴각할 수 없다”는 약관으로 민법 제557조의 해제권을 포기하였다고 할 수 없음은 제1점에서 설시하고 있는 바와 같으나, 가령 임의로 계약을 해제할 수 없다는 취지의 위 약관으로 같은 조의 해제권을 포기한 것이라고 하더라도, 이는 매수인인 상고인이 단지 낙가를 이유로 하는 것에 한하여 해제권을 포기한 것이라고 말하여야 한다. 따라서 특별히 낙가에 의한 경우를 제외한 나머지 경우에는, 예를 들면 대금지급의 곤란이라거나 토지를 소유할 필요가 없다거나 기타 여하한 경우를 묻지 아니하고, 완전히 같은 조의 해제권을 갖는다고 할 것인데, 상고인은 특히 낙가를 원인으로 한 일이 없고, 계약을 적법하게 해제하였음은 을 제2호증에 의하여 명백함에도 불구하고, 원판결에서 당사자는 임의로 계약을 해제할 수 없다는 막연한 이유로 상고인의 항변을 배척한 것은, 이유불비의 판결임을 면할 수 없다. 또한, 전단의 가론(假論)에서 위 약관을, 매도인은 증가에 의하여 타인에게 매도할 수 없다는 계약이라고 하더라도, 매도인인 피상고인은 본건 토지를 타인에게 매도하는 경우 이외에는 완전히 같은 조의 해제권을 갖고, 원판결 확정 후라 하여도 같은 조의 해제권이 지속되어야 함에도 불구하고, 당사자는 임의로 계약을 해제할 수 없다는 상기 판결에 의하여 전적으로 그 해제권을 상실하게 된다. 이 역시 원판결의 하자임이 분명하다는 것이다.

살피건대, 민법 제557조에 의한 해제권은 당사자 간에 이를 행사할 수 없다는 특약을 할 수 없다는 금지규정이 존재하지 아니할 뿐만 아

니라, 이와 같은 특약은 조금도 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 것이 아니므로, 당사자 간에 같은 조의 해제권을 행사할 수 없음을 특약한 것은 원래 불가능하지 아니하다. 상고인은 원심에서 상신금을 포기하고 본건 매매를 해제한다는 취지로 항변하였는바, 원판결은 "을 제1호증에 매도인은 타인에게 증가에 의하여 매도할 수 없고, 매수인은 낙가에 의하여 퇴각할 수 없다는 약관이 있는 것에 비추어 보면, 본건 매매는 상신금을 포기하여 계약을 해제할 권리를 매수인에게 유보하여 체결된 것이 아니라, 오히려 당사자는 임의로 계약을 해제할 수 없다는 취지로 체결한 것이라고 인정할 수밖에 없다"고 설명하고, 위 항변을 배척하였다. 즉, 원심은 당사자 간에 상신금을 포기하고 임의로 매매계약을 해제하지 아니한다는 특약을 한 것이라고 인정하였음은 위의 설명과 같다. 따라서 같은 논지 후단에서 원판결이, 당사자 간에 민법 제557조의 해제권을 유보한 계약이 없으므로 상고인에게 해제권이 없다고 판시한 것인 양 주장하는 것은, 원판결의 취지를 오해한 것으로 판지에 부응하지 아니한 공격이므로, 당해 논지도 역시 그 이유가 없다. 상고인의 그 밖의 주장들은 증거판단 및 사실인정에 관하여 원심과 다른 자신의 의사를 전제로 하여 원판결을 비난하는 것에 불과하므로, 논지는 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 그 이유 중에서 설시하기를, "항소대리인은 또한 본건 매매에는 당사자가 손해금을 지급하고 해약할 수 있다는 특약이 있다고 항변하고, 을 제1호증 중 상기 약관에 부가하여 만일 양자 간에 위약이 있으면 벌금을 피차 청구당하고 또 부담하여야 한다는 취지의 약관이 있는 점에 의하여 이를 입증하려고 하지만, 위 기재사항은 상기 약관에 위배할 때에는 상대방이 위약금을 청구할 수 있다는 취지로서, 요는 위약금의 제재를 붙여 계약의 이행을 확보하려는 취지이므로, 항변과 같은 특약이 있다고 인정할 수 없다"고 하고 있으나, 이 역시 본건 계약을 오해한 이유불비의 판결이다. 위 판시의 을 제1호증 중의 약관이라는 것은, 즉 같은 호증 제4항 매도인은 증가에 의하여 타인에게 매도할 수 없고 매수인은 낙가에 의하여 퇴각할 수 없지만, 만일 양방 간 위약이 있으면 벌금을 피차 청구당하고 또 부담하여야 한다

고 되어 있는 것을 가리키는 것이다. 그러므로 당사자 간에 이 약관을 붙인 이유는 본건 매매성립 후에 발생하는 토지가격의 변동을 이유로 일방이 임의로 계약을 해제하면 당연히 상대방의 손실이 초래되므로, 위약자 즉, 해약자는 상대방의 손실을 전보하기에 충분한 벌금(위약금)의 청구에 응하여야 하는 의무를 지는 것이라고 한다면, 이 벌금(위약금)을 지급하여 증가에 의하여 타인에게 매도하는 경우, 또는 낙가에 의하여 퇴각하는 경우에 한하는 것이 그 약관의 취지임이 명백하다. 증가 또는 낙가에 의하여 해제할 수 있음을 전제로 하는 것, 환언하면 벌금(위약금)으로 상대방의 손해를 배상할 의무를 지는 점에서는, 증가 또는 낙가에 의하여 서로 계약을 해제할 수 있다고 해석하여야 한다. 따라서 상고인의 계약해제가 가령 낙가에 의한 것이라고 하지만 해제의 효력이 없다고 말할 수 없고, 상대방의 손해배상청구에 응하여야 하는 의무가 있을 뿐이다. 원판결과 같이 당사자는 임의로 계약을 해제할 수 없다는 취지라고 하면, 벌금(위약금)의 청구에 응하여야 하는 경우는 상상할 수 없고, 결국 그 약관이 무의미하게 된다. 일단 적법한 계약인 이상은 의미 있는 유효한 것이라고 해석하여야 한다. 그렇다면 을 제1호증 제4항의 약관으로 원판결과 같이 그 전단 매도인은 증가에 의하여 타인에게 매도할 수 없고, 매수인은 전매에 의하여 퇴각할 수 없다는 부분만을, 당사자는 계약을 해제할 수 없다는 의미의 유효한 약관이라고 하고, 그 후단(만일 양방 간 위약이 있으면 벌금을 피차 청구당하고 또 부담한다)은 전혀 무의미, 무효력이라고 해석하기보다는, 오히려 그 전단 및 후단을 통독 음미하여, 일방에서 계약을 해제할 때에는 다른 일방은 벌금(위약금)을 청구할 수 있다는 약정이라고 보아 그 약관 전부가 유의미, 유효력이라고 해석함이 온당하다고 생각한다. 이에 더하여 그 전단 및 후단의 연쇄된 "할 수 없다고 하지만"이라는 용어의 취지에 의하여 그 의미를 파악해야 한다. 여기에서 원판결이 당사자의 계약을 오해한 하자가 있다고 명백히 단언할 수 있다. 만일 원판결의 "위 기재사항은 상기 약관에 위배할 때에는 상대방이 위약금을 청구할 수 있다는 취지로서, 요는 위약금의 제재를 붙여 계약의 이행을 확보하려는 취지이다"라는 인정이 증거에 의한 것이라면, 그 증거를 들어야 하는데 그러하지 아니함은 이유불비

가 아니고 무엇이겠는가.

살피건대, 원심에서 상고인이 한, 본건 매매에는 당사자가 손해금을 지급하고 계약을 해제할 수 있다는 특약이 있다는 항변을 배척한 이유로서, 원판결은 "을 제1호증 중 만일 양방 간 위약이 있으면 벌금을 피차 청구당하고 또 부담한다는 취지의 조항은, 상기 약관에 위배할 때에는 상대방이 위약금을 청구할 수 있다는 취지로서, 요는 위약금의 청구를 붙여 계약의 이행을 확보하려는 것이다. 항변과 같이 손해금을 지급하고 계약을 해제할 수 있는 특약이 있다고 인정하기 곤란하다"고 설시하였다. 그리고 을 제1호증의 문구에 의하여 판시와 같이 해석할 수 없는 것이 아니므로, 원심이 위와 같이 판단한 것은 그 증거판단에 관한 직권을 행사한 것이다. 또한, 상고인의 항변을 배척하는 이유는 상기와 같이 설시되어 있으므로, 소론과 같은 이유불비의 위법이 없다. 본 논지는 필경 증거판단에 관하여 원심과 다른 의견을 기초로 하고, 쓸데없이 원판결을 비난하는 것에 불과하므로 적법한 상고이유가 되지 아니한다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

76 입양확인청구에 관한 건
〔대정5년민상제58호 1916년 4월 18일 판결〕

【판결요지】

1. 유자(幼者)가 친권자에 대하여 양자확인 청구소송을 제기하는 경우에는, 특별대리인으로 하여금 대리하게 하는 것이 당연하다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원

【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김영명
특별대리인 김춘국
소송대리인 김찬영
【피상고인】 이씨

위 당사자 간의 입양확인 청구사건에 관하여 1916년 1월 26일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 상고인의 특별대리인의 대리권 유무 및 본안의 2단으로 나누어 판단을 내리고 있는데, 위 대리권에 관하여는 매우 사리에 적합한 처치라는 조리 및 특별대리인 선임의 사실에 관한 증거에 의하여, 김춘국은 친족회의에 의하여 상고인의 특별대리인인 권한이 있음을 인정하고, 본안에 관하여는 상고인을 망 김동혁{피상고인의 망부(亡夫)}의 양자로 정한 사실이 없음을 인정하기에 충분하다고 하여 상고인의 청구를 배척하였다. 그리고 상고인의 특별대리인인 김춘국은 상고인의 실부임은 제1, 2심 모두 다툼이 없는 사실로서, 만일 상고인이 망 김동혁의 양자가 되지 아니한다면 김춘국은 상고인에 대한 당연한 친권자이므로, 친족회의에서 특별대리인으로서 선임할 필요가 없고, 또한 이에 의하여 특별대리권이 발생하지 아니한다. 당연히 친족권을 갖는 자를 특별대리인으로 선임하여도, 그 친족회의는 무효가 될 뿐이다. 그렇다면 원판결이 조리 및 각 증거에 의하여 김춘국이 상고인의 특별대리인인 권한이 있다고 인정한 이상은, 그 전제로서 상고인이 김동혁의 양자임은 이미 확정된 사실이다. 그와 같이 상고인이 망

김동혁의 양자임은 김춘국에게 특별대리권이 있다는 판결과 동시에, 그보다 오히려 선결로서 당연히 확정되었음에도 불구하고, 원판결은 다시 상고인은 김동혁의 양자가 아니라는 취지를 설시하였다. 그것은 자가당착이다. 달리 말하면, 원판결 전단은 당사자의 자격에 관한 형식적 판결로서 본안사실인 양자관계는 그 후단에 의하여 확정된다는 것이 아니라, 당사자자격에 관하여 특별대리권이 있다는 전단 인정 그 자체가 이미 양자관계를 인정한 본안판결이 되어야 한다. 왜냐하면, 앞의 설명과 같이 김춘국은 상고인의 친권자인 자임에도 불구하고, 상고인은 김동혁의 양자가 되기 때문에 김춘국은 친권이 없고, 친족회의의 결의에 의하여 특별대리권을 갖기 때문이다. 따라서 원판결 후단에서 어처구니없게도 상고인의 주장을 배척한 것은, 그 이유 상호 모순저촉되고 도저히 위법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 본건은 유자인 상고인이 피상고인에 대하여 상고인이 피상고인의 망부(亡夫) 김동혁의 양자임의 확인을 청구하는 것이므로, 외관상 친권에 따르는 자와 친권자와의 사이의 소송에 속하는 것이라고 말하여야 한다. 그리고 보통의 경우에 있어서는 친권에 따르는 자의 소송행위는 친권자가 대표하여 하는 것이 본칙이지만, 본건 청구와 같은 것은 이익상반하는 소송행위에 관하여는 친권자가 대표하여 할 수 없으므로, 특별대리인으로 하여금 대리하게 하는 것이 당연하다. 그리고 그 특별대리인의 선임은, 필경 이에 상고인의 양자관계가 존재함을 확정하여야 하는 소송의 대리자격을 부여한 것에 불과하므로, 원심이 그 특별대리인의 선정을 시인하여도 이로써 상고인의 양자관계가 존재함을 확정한 것이라고 말할 수 없다. 그 양자관계의 존부는 어디까지나 그 특별대리인이 소송을 제기한 다음 심사판단이 내려질 때 비로소 확정되는 것이므로, 심사의 결과 양자라는 사실을 인정할 수 없는 이상은 그 이유를 설시하여 청구를 배척한 것은 당연하다. 따라서 원심이 일면 소송자격의 점에 관하여 상고인의 특별대리인의 선임을 시인하고, 타면 양자관계존부의 점에 관하여 상고인의 양자라는 사실을 부정하여 그 청구를 배척하였어도, 재판의 이유에 모순저촉을 초래하지 아니하므로, 이를 가리켜 이유에 모순저촉이 있다고 논할 수 없고 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 “나아가 본안에 관하여 살피건대, 피항소인을 같은 사람의 양자로 정하였다는 취지의 주장을 하나, 피항소인이 원용하는 원심 증인 김광현, 김창진, 민경호, 이필영 및 증인 김광현의 이 점에 관한 진술은 모두 신용하기 어렵고, 오히려 증인 김소사의 진술에 의하면, 위 김성권이 과거에 피항소인을 김동혁의 양자로 정한 사실이 없음을 인정하기 충분하다”고 인정하고 제1심판결을 취소하였다. 그러나 그 채증의 방법을 보건대, 증인 김광현을 제외한 나머지는 모두 제1심에서의 증인으로 각 증언의 신부(信否)를 모두 제1심의 그것과 반대로 한 것에 불과하다. 만일, 제1심 법관이 김광현, 김창진, 민경호, 이필영의 증언을 믿고, 김소사의 그것을 믿지 아니하였다면, 물론 세밀한 조사 및 명쾌한 판단력으로 증인의 용태, 거동을 직접 관찰하고 그리고 그 진술의 신부를 결정한 것으로서, 원심 증인 김광현(제1심 증인 김광현과 동일인이다)은 제1심에서의 각 증언과 같이 상고인의 이익이 되는 진술을 하였고, 달리 원심에서와 반대되는 증거가 없음에도 불구하고, 원판결은 위 설시와 같이 “모두 신용하기 어렵다”는 한마디로 원심과 반대로 단순히 각 증언을 배척하였다. 보통 증인의 진술은 법정에서의 형색, 거동 등의 기정(氣情) 등에서 드러난 것을 관찰하여 비로소 그 신부(信否)를 결정하여야 하고, 조서만으로 이를 판단하는 것은 매우 곤란하며, 특히 조서의 기재로는 충분히 신용할 수 있는 가치가 있음에도 불구하고, 법관이 이를 신용하지 아니한 경우에는 더욱 그러하다. 이에 제1심 증인 김광현, 김창진, 민경호, 이필영의 신문조서를 보건대, 그 각 증언은 모순되거나 애매하지 아니하고 상호 일치하여 충분히 신용할 가치가 있다. 제1심 법관이 이 각 증서를 믿은 것은 조금도 의혹을 느낄 수 없다. 오히려 원심이 믿은 제1심 증인 김소사(피상고인의 시어머니로서 김동혁의 모친)는 피상고인과 거의 이해관계가 동일하고 또한 선서를 하지 아니한 자이며, 게다가 그 진술은 실로 신용할 가치가 없는 것이다. 그 조서에 기재된 것과 같이 “성권은 자신은 양자는 들이지 아니하므로 동혁의 사위에게 부탁하라고 유언하였다”는 진술을 하였다. 생각해 보건대, 조선에서는 가문의 관념이 매우 두텁기 때문에 자식이 없는 자는 동성관(同性貫) 친족 중에 소목(昭

穆)부합하는 자가 없거나, 소목부합하여도 상대방이 긍정하지 아니하는 경우{사람의 양자가 됨을 계절존망(繼絶存亡)의 대의로 한다} 이외에, 반드시 양자를 들여 선조의 제사를 승계시키는 것이고, 그러하지 아니하면 선조에 대한 죄인이 될 뿐만 아니라, 자신의 자식이 없으면 타인의 자라도 받아 자신의 자로 하여야 하는 것이 마땅한 도리이다. 김성권의 장자인 김동혁이 자식이 없이 사망하고, 당시 최근 친족 중 소목(昭穆)이 부합하는 자로서 김동혁의 양자가 되기 위하여는 상고인 형제 2인 이외에는 없으므로, 성권은 차남인 상고인을 동혁의 양자로 하여 조선의 제사를 승계시키고(상속인은 어려도 반드시 그 명의로 제사를 행하는 관습이 있다), 또한 스스로 사랑하는 자식을 잃은 비정을 위로받기 위하여 가령 성권이 그 생존 중에 동혁의 양자를 정하지 아니하였다면, 그 유언으로 사람을 지정하였는지의 여부를 불문하고 반드시 동혁으로 하여금 후사로 하려고 한 것이라고 말하여야 한다. 이것은 조선의 풍속상 특히 성권의 사랑하는 자식에 대한 정의를 양찰한다면 감히 부정할 수 없는 바이다. 굳이 유언으로 선조의 향화(香火)를 끊고 자신 및 사랑하는 자식의 사속(嗣續)을 영원히 없게 하는 것과 같은 풍속에 위반되는 행위를 기대할 수는 없다. 김소사의 이 진술이 제1심에서 배척되었음에도 불구하고, 그 말단을 빌려 원심법관이 이를 믿은 것은 그 이유를 이해하기 힘들다. 원판결은 손바닥을 돌리듯이 제1심의 증거취사를 번복하고 매우 간단명료한 이유로 제1심판결을 취소하였지만, 전적으로 채증의 원칙 및 조리에 위반하고 상식을 결여하는 판결이라고 확신한다. 원판결과 같이 제1심에서의 증인의 진술을 조서만으로 모두 제1심과 반대되는 신부(信否)를 한 것 이외에 달리 증거가 없이 판결을 하는 경우에는, 그 증언이 신용되거나 신용되지 아니하는 점을 적발하여 그 이유를 판결문에 명시하여야 한다. 이로써 비로소 이유를 붙인 판결이라 말할 수 있다. 그런데 원심은 원심 증인 누구누구의 증언은 모두 신용하기 어렵고, 김소사의 증언은 신용할 수 있다는 취지를 설시할 뿐이며, 판결의 이유로서 볼 만한 것이 아무 것도 없으므로, 원심판결은 이 점에서 이유를 붙이지 아니한 위법한 판결이라고 생각한다. 만일 이러한 논지가 원심의 전권에 속하는 증거취사를 비난하는 것이라고 한다면, 한마디 더 덧붙일 수밖에

없다. 원래 증거취사가 원심의 전권에 속함은 물론이지만, 그 직권은 조리에 적합하는 정도로 그쳐야 하고, 그 정도를 일탈하면 직권의 존재를 인정할 수 없다. 법은 무제한으로 직권을 부여한 것이라고는 믿지 아니한다. 이것은 직권남용이 될 뿐이다. 전단 설명과 같이 원판결의 증거취사는 조리에 위반하고 직권의 범위를 일탈한 것이므로, 이를 비난하는 것이 스스로 적절하다고 믿는다.

살피건대, 제1심법원에서 조사한 증인의 진술로서 그 법원이 이를 신용하거나 신용하지 아니하는 것이라 하여도, 제2심법원은 이에 구속되지 아니하고 신문조서에 의하여 그 진술이 신용하기에 충분한지의 여부를 판단할 권능을 가지므로, 원심이 제1심법원과 보는 바를 달리하고 제1심법원에서 신용한 증인 김광현, 김창진, 민경호, 이필영의 증언을 신용하지 아니하고, 오히려 그 신용하지 아니한 증인 김소사의 증언을 신용하였다 하더라도, 원래 그 직권을 행사한 것으로서 채증법칙에 위반되는 것이 전혀 없음은 물론, 위 증언을 신용하거나 신용하지 아니하는 이유와 같은 것은 이를 판결문상 명시할 필요가 없다. 따라서 상기 증인의 증언 채부에 관하여 원판결에 위법이 있음을 주장하는 논지는 그 이유가 없다. 그리고 본 논지 중 상고인이 양자가 된 사실이 있음을 변론하고 또한 원심이 신용하지 아니하는 증인의 증언을 인용하여, 양자가 된 사실을 인정하지 아니함을 논하여 원판결을 비난하는 점은 결국 원심의 직권에 속하는 사실인정 및 증거판단을 비난함에 불과하므로, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

77 담당채무이행청구에 관한 건
〔대정5년민상제65호 1916년 4월 21일 판결〕

【판결요지】

1. 채무인수의 계약은 무명계약으로서 유효하다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 대구지방법원

【제 2 심】 대구복심법원

【상고인】 김준희

소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미)

【피상고인】 이덕우

위 당사자 간의 담당채무이행 청구사건에 관하여 1916년 1월 18일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 물상담보와 대인담보의 2자의 두 가지의 효력을 혼동한 위법이 있다. 보통 제3자가 타인의 채무를 담보할 목적으로 자기 소유의 부동산에 전당권을 설정한 때에는, 채권자는 채무자가 변제를 하지 아니하는 경우에 당해 부동산에 관하여 우선변제를 받을 수 있다고 하여도, 전당권설정자인 제3자에 대하여 직접 변제를 청구할 권리가 없음은 민법 제369조, 제351조, 제372조, 제376조, 제396조, 제397조, 제501조 제5호 등에서 주된 채무자, 보증인, 저당권(또는 질권)설정자의 3자를 구별하여 규정하는 것에 의하여 명백하다. 지금 본건에서 갑 제2호증의 위임장 및 갑 제3호증의 담당계약서를 보건대, 문자의 가입개가(加入改加)는 원판결 인정과 같이 처음부터 기입되어 있다고 하지만, 당해 위임장은 상고인이 상고인의 장남 김규환의 정서인에 대한 채무를 담보하기 위하여 상고인 소유의 신둔산 산판을 처분할 권한을

부여하였을 뿐이고, 굳이 상고인이 주채무 또는 보증채무를 부담하기 위한 위임장이 아니다. 또한, 당해 위임장에 기하여 김규환이 상고인의 대리인으로서 정서인에게 제출한 담당계약서의 내용은, 김규환의 원리금채무에 대하여 상고인이 자기소유의 신둔산 삼림을 전당물로서 제공하고, 만일 후일 전당물부족인 때에는 다른 전물(典物)로 보충하여야 할 의무를 약속한 것일 뿐이며, 굳이 상고인이 주채무 또는 보증채무를 부담한 것이 아니다. 이와 같이 상고인은 김규환의 정서인에 대한 채무에 관하여 단지 전당권설정자임에 그치므로, 정서인은 김규환이 변제를 하지 아니하는 경우에 당해 담보물에 관하여 우선변제를 받을 권리를 가짐에 그치고, 결코 상고인에 대하여 직접 채권금액의 지급을 구할 권리가 없다. 정서인의 권리승계인인 피상고인도 역시 그 이상의 권리를 갖지 아니한다. 따라서 본소 피상고인의 청구가 전적으로 부당함에도 불구하고 원판결이 상고인에게 원리금지급의무를 선고한 제1심판결을 시인한 것은, 필경 물상담보와 대인담보를 혼동한 것에 기인한 것으로 위법임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결은 갑 제2호증 및 증인 정성환 외 2명의 증언에 의하여, 상고인이 김규환의 정서인에 대한 2개의 차용금채무에 관하여 담당지급하여야 한다는 취지의 계약체결 및 그 담보(擔報)에 관하여 상고인이 소유하는 산판 22만여 평을 전당으로 제공할 권한을 김규환에게 위임하고, 김규환은 그 수임의 권한내에서 상고인의 대리인으로서 갑 제3호증의 담당계약을 한 사실을 인정하면서, 정서인으로부터 그 채권을 양수한 피상고인에 대하여 차용원리금을 지급할 의무가 있음을 판시한 것이다. 그러므로 상고인이 채무인수와 함께 물상담보를 약속한 사실을 인정한 취지임이 명백하다. 그렇다면 단지 물상보증만을 약속한 것으로서 차용금원리의 지급의무를 약속한 것이 아니라고 논하고, 물상담보와 대인담보를 혼동한 위법이 있다고 비난하는 것은, 필경 원심의 직권에 속하는 증거판단 및 사실인정을 비난하고, 또한 자신이 사실이라고 하는 바를 근거로 하여 위법하다고 비난하는 것에 불과하므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 갑 제2호증 위임장에서의 가필은 처음부터 기입되어 있었

다는 인정이유를 서술한 다음 “즉, 항소인은 갑 제2호증으로 김규환의 정서인에 대한 상기 2개의 차용금채무에 관하여 담당지급하여야 한다는 취지의 계약체결 및 그 담보에 관하여 항소인이 소유하는 신둔산의 산판 22만여 평을 전당으로 제공할 권한을 김규환에게 위임한 것으로, 김규환은 수임의 권한 내에서 항소인의 대리인으로서 갑 제3호증의 담당계약을 한 것이라는 점을 인정할 수 있다. 그리고 소외 정서인이 상기 2개의 대차상의 채권을 피항소인에게 양여한 것은 성립에 다툼이 없는 갑 제1호증(채권양도서)에 의하여 인정할 수 있고, 그 양도에 관한 통지는 양도인으로부터 항소인에 대하여 적법하게 이루어졌음은 항소인이 자인하는 바이므로, 피항소인은 항소인에 대하여 담당채무의 이행을 청구할 수 있다”고 설명하여, 상고인에게 원리금의 지급을 선고한 제1심판결을 시인하였다. 그러나 보통 타인의 채무발생 후 제3자가 이를 담당하는 방법에는 여러 가지가 있는데, 혹은 채무자의 교체에 의한 경개를 하거나, 혹은 채무자와 연대 또는 그 보증인이 되거나, 혹은 자신의 소유물에 질권, 저당권을 설정하는 등이 그것이다. 따라서 원판결인정과 같이, 상고인은 갑 제2호증의 위임장으로 김규환을 대리인으로 하고 정서인에 대하여 갑 제3호증의 담당계약을 함으로써 정서인의 권리승계인인 피상고인에 대하여 담당채무를 이행할 책임이 있다고 하지만, 그 소위 채무담당의 방법이 전술 수종의 어느 것에 속하는지를 설명한 후가 아니면, 선불리 피상고인은 직접 상고인에 대하여 권리금의 지급을 청구할 권리가 있다고 단정할 수 없다. 따라서 이 점으로 논하여도 원판결은 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 원판결 이유를 보건대 그 모두에 “본소의 주된 쟁점은 제1, 항소인(상고인)의 장남 김규환이 소외 정서인에 대하여 2개의 차용금채무를 부담하고 있는지의 여부, 제2, 항소인이 정서인에 대하여 그 장남의 상기 채무를 인수한 일이 있는지의 여부의 2점에 있다”고 하고, 그 제1의 쟁점에 관하여 김규환이 2개의 차용금채무를 부담하는 사실을 인정하였으며, 제2의 쟁점에 대하여 판단을 함에 있어서 나아가 “항소인은 상기 대차에 의한 그 장남 김규환의 채무를 담당한 사실이 있는지의 여부를 살피건대”라고 제언한 다음, 상기 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같이 상고인이 김규환의 차용금채무에 관하여 담당

지급하여야 한다는 취지의 계약체결 및 그 담보에 관하여 상고인의 소유산판을 전당으로 제공할 권한을 김규환에게 위임하고, 김규환은 그 수임의 권한 내에서 갑 제3호증의 담당계약을 한 사실을 인정하여 차용금원리의 지급의무가 있음을 판시하였다. 따라서 원판결은 담당의 계약취지를 해석하여 인수와 동일한 의의를 가지고, 혹은 인수로 게기(揭記)하거나 담당으로 제언하였음은, 상기와 같이 담당과 인수를 동일시하여 사용한 점으로 관찰하여 명백하다. 뿐만 아니라 담당의 용어는 인수의 의사를 표시하는 경우에도 사용되는 것으로서, 원판결은 상고인이 채무인수와 함께 물상담보를 약속한 사실을 인정하고, 담당채무 즉, 인수채무이행의 책임이 있음을 판정한 취지임에 틀림없다. 그리고 채무의 인수는 민법상 채무원인으로서 명백히 규정된 것이 아니라 하여도, 제3자가 채무자와의 사이에 채무자의 채무를 인수하여 스스로 지급을 하기로 계약하는 것과 같은 것은, 이를 금지하여야 할 이유가 조금도 없으므로 이러한 계약을 무명계약으로서 그 효력을 갖고 채무부담의 원인으로 하여도, 민법의 규정에 위배되지 아니하므로 이를 유효라고 논하는 것이 타당하다. 그리고 원판결이 인정하는 사실에 의하면, 이미 전단에서 설명한 것과 같이 상고인은 김규환이 정서인에 대하여 부담하는 2개의 차용금원리를 지급하여야 할 채무를 인수한 것임이 명백하고, 상고인의 그 채무부담의 원인은 당해 인수계약에 존재함이 매우 명료하므로, 피상고인이 그 채권을 양수받은 이상은 상고인은 피상고인에 대하여 직접 위 차용금원리를 지급하여야 할 의무가 있음은 두말할 필요가 없다. 따라서 원판결이 상고인담당채무 즉 인수채무이행의 책임이 있음을 인정한 것은 상당하고, 상고인의 채무부담의 원인이 조금도 불명하지 아니하며 따라서 원판결에 이유불비의 위법이 없다. 본 논지는 결국 원판결이 상고인에게 채무를 부담하게 할 원인이 불명이라는 것과 같은 논의로서, 원판결에 이유불비의 위법이 있다고 비난하는 것에 지나지 아니하여 그 이유가 없다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

78 보비(譜費)청구에 관한 건
〔대정5년민상제63호 1916년 4월 25일 판결〕

【판결요지】

1. 출판물이 매매로 인하여 인도가 종료된 후에 이르러 우연히 발매반포가 금지되어도, 소급하여 그 매매가 무효로 되지 아니한다(상고이유 제1, 2점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김창진
소송대리인 길무번(吉武繁, 요시다케)
【피상고인】 김문두

위 당사자 간의 보비 청구사건에 관하여 1915년 12월 25일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 본건 족보의 매매는, 1913년 9월 중으로서 경무총장의 내훈에 의한 소위 발매금지 및 압수처분은 1915년 6월이다. 그리고 위 발매금지 및 압수처분은 김용선이 반포의 목적으로 가지고 있는 출판물에 관하여만 할 수 있는 것으로, 이미 반포를 끝내고 상고인(피

고)의 점유에 귀속된 물건에 대하여 할 수 있는 것이 아니다. 즉, 반포 전 족보에 대하여 상고인이 매수한 것에 대하여 소지를 금지하는 것이 아니라고 하지만, 원래 족보의 매매절차 완료 즉, 피상고인(원고)이 당해 족보를 교부하고 상고인은 그 대가를 지급한 후라면 위 판결이유는 상당한지 알 수 없다. 그런데 본건의 매매행위는 아직 족보의 수수에 그치고, 그 대금의 지급을 하지 아니하였음은 본건의 청구자체에 의하여 명백하다. 그렇다면 본건 매매는 일방적 행위가 있음에 그치고, 쌍무계약의 쌍방적 행위가 완료되지 아니한 것이다. 따라서 본건 매매는 완료되지 아니하여 진행중에 있다고 할 것이다. 과연, 매매가 완료되지 아니하여 매매실행의 진행 중 매매의 목적물인 본건 족보의 반포가 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 것이라고 하여 전술한 것과 같이 판매금지, 압수처분을 받은 것이라면, 본건 매매계약도 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 것이라고 말하여야 한다. 따라서 본건 매매의 완료 전 즉, 대금의 지급이 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 것이라면, 그 완료를 금지하여야 한다. 환언하면, 법률상 본건 매매계약을 무효로 하고 대금청구를 불법이라고 판정하여야 함에도, 원판결은 이를 적법하다고 하여 그 청구를 인용한 것은 위법한 판결이다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 중 본건 매매가 출판법의 위탈(違脫)을 인식하고 계약의 내용으로 한 것이 아닌 한, 우연히 출판법에 위반된 출판물이라고 하여도 이로써 법률행위의 목적이 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 것이라고 말할 수 없다고 판시한다. 그러나 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 행위를 목적으로 하는 법률행위를 인식하고 이를 내용으로 하는 경우에만, 그 법률행위가 무효라고 해석하여야 하는 것이 아니다. 당사자가 그 법률행위의 목적이 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 것임을 목적으로 한 경우에 이를 인식하는지의 여부의 구별 없이, 객관적으로 그 법률행위가 공공의 질서, 선량한 풍속에 반할 때에는 당연무효가 되는 것이다. 예를 들면, 당사자의 매매행위의 목적물이 전시금제품(戰時禁制品)인지의 여부를 인식하지 아니하는 일도 있을 수 있는데, 그와 같은 경우에 전시금제품임을 인식한 당사자 간의 매매행위는 무효로 하고, 이를 인식하지 아니한 당사자 간의 매매행위는 유

효로 하여야 한다는 결론이 되는 것은, 불법부당한 결과를 초래하는 것이다. 때문에 본건 족보매매가 매매당시 출판법에 위반된 출판물이라고 인식하지 아니하였지만, 그것이 출판법위반으로서 판매금지된 이상은 그 매매행위는 당연히 공공의 질서, 선량한 풍속에 반한다고 해석하여 당해 매매계약은 무효로 하여야 하므로, 원판결은 위법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 소외 김용선이 저작자 겸 발행자가 되어 김해김씨의 족보를 편찬하고, 그 1부의 대금을 35원 60전으로 정하여 이를 문중에 반포하기로 하였고, 상고인은 1913년 음 9월 중 당해 족보 5부를 동인으로부터 매수하여 이미 그 인도를 받은 점, 족보출판 당초 조선총독부 경무총장의 허가를 받았지만 그 후 내용을 증가하여 출판하였다는 이유로 1915년 6월 2일 조선총독부 경무총장은 당해 족보의 발매반포를 금지하고 압수처분을 한다는 취지 운운의 내훈을 내린 점 및 상고인이 본건 족보를 매수한 당시에 출판법의 위탈을 인식하고 계약의 내용으로 한 것이 아니라는 점은 모두 원판결에서 확정된 사실이다. 위 조선총독부 경무총장의 발매반포의 금지 및 압수처분은 매매반포의 목적으로 현존하는 출판물에 대하여 이를 하는 것에 불과하고, 그 이전에 있어서 발매반포를 종료하고 이미 상고인의 점유에 귀속된 물건에 대하여 할 수 있는 것이 아니다. 또한 일반에 대하여 당해 출판물의 소지를 금지하는 것도 아님은 논할 필요가 없으므로, 위 처분 이전의 김용선과 상고인과의 사이에 이미 목적물의 인도가 종료된 본건 족보의 매매에 대하여 아무런 효력도 미치지 아니한다. 따라서 당해 매매는 유효하고 매수인인 상고인은 대금지급의 의무를 면할 수 없다. 그러므로 원판결에서 상기 사실을 확정하고 위와 동일한 이유에 기하여 상고인의 항변을 배척한 것은 상당하고 아무런 위법한 점도 없다. 또한, 매매의 당시에 있어서 발매·반포가 금지된 출판물이 아니고, 그 목적물은 매도인으로부터 이미 인도가 종료되었으며, 그 후에 이르러 당해 출판물이 우연히 발매·반포가 금지된 것이라고 하지만, 당사자가 당초부터 탈법행위로써 계약의 내용으로 한 것이 아닌 한은, 당해 관청이 한 발매·반포의 금지처분은 기왕에 소급하여 이미 목적물의 인도를 종료한 매매를 무효로 하는 효력을 발생시키지 아니하므로,

그 법률행위를 위법하다고 논할 수 없다. 논지 중에 예시한 전시금제품과 같은 것도 그것이 아직 전시금제품으로 되기 이전에 있어서 매매를 하고 이미 그 물건의 인도를 종료한 후에 이르러 우연히 전시금제품으로 되어도, 이로써 그 이전에 이루어진 위 매매계약을 가리켜 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 위반할 것을 목적으로 한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 원판결에서 상고인이 매매의 당시에 출판법의 위탈을 인식하고 계약의 내용으로 한 것이 아니라는 사실을 확정하고, 본건 매매가 위법하지 않다는 이유를 설시하여 상고인의 항변을 배척한 것은, 상당하고 논지는 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심판결은 족보 중 하나의 소부분에 오류가 있음을 인정하고, 이에 더하여 가령 하나의 소부분에 오류가 있다고 하여도 법률행위의 요소에 착오가 있다고 말할 수 없다고 설시한다. 그러나 족보라는 것의 가치는 하나의 소부분이라 하여도 오류가 있으면 아무런 가치도 없는 것일 뿐만 아니라, 오류가 있는 족보가 사회에 잔존한다면 현재는 물론 자자손손에 이르러 계통상의 오류를 초래하여 계통이 난잡하게 되면, 친족 중 그 매수를 원하지 않는 것은 물론 그와 같은 족보가 잔존하는 것도 바라지 아니한다. 즉, 족보라는 것의 매매는 보통 물품의 매매와 달리 매수인에 있어서는 완전한 족보를 구하려고 하는 것이고, 하나의 소부분에도 오류가 있으면 이를 매수하려고 하지 아니한다. 상고인이 본건 족보를 매수하려는 의사는 완전한 족보라면 매수하고, 만일 하나의 소부분에 오류라도 있으면 매수할 의사가 없는 것이므로, 완전한 족보를 매수하는 일이 법률행위의 목적으로 본건 족보매매의 요소이다. 결국, 상고인에게 있어서 본건 족보와 같은 오류가 있는 것의 매매는 법률행위의 요소에 착오가 있는 것이다. 따라서 본건 매매는 요소의 착오로 인하여 무효임에도 불구하고, 법칙을 적용하지 아니한 불법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 족보편찬과 같은 것은 과거의 사실을 고증하여 작성하는 것이므로, 어떤 사실을 인정하는 자료에 관하여 갑서류와 을서류가 서로 배치되는 기재가 존재하는 경우에, 그 어느 것을 취하고 어느 것을 버려야 함은 편찬자의 심증에 맡겨져 있다. 그리고 갑을 어느 서류에

의하여도 그 채용한 자료에 기한 단안(斷案)은 반드시 정곡을 찌른 것이라고 말할 수 없는 것과 동시에, 반드시 오류가 있다고 단언할 수 없다. 이러한 일은 어디까지나 사론(史論)에 속하는 것이다. 따라서 상고인이 원심에서 본건 족보에는 기재하여야 할 것을 하지 아니하고 오히려 기재하여서는 아니되는 것을 기재한 오류가 있고, 족보로서의 가치를 갖지 아니한다는 주장에 대하여, 원판결은 본건 족보에 기재된 사실을 인정하기에 충분한 자료가 존재한다는 취지를 설시하고, 나아가 그와 같은 것은 필경 사론에 속하고 편찬자가 어느 쪽에 따른다고 하더라도, 아직 오류라고 단정할 수 없다고 판시하고, 상고인의 주장을 배척한 것은 상당하여 아무런 위법이 없다. 그리고 가령 오류가 있어서 그 오류 때문에 족보로서의 가치를 상실하기에 이르는지의 여부는, 오류의 정도에 관한 사실문제에 속한다. 매우 근소한 오류는 족보로서의 가치를 상실시키지 아니함은 논의할 필요가 없는 바이다. 원판결은 전단에서 본건 족보에 오류가 있다고 단정할 수 없는 이유를 설시하고, 가정론으로서 상고인 주장의 사항이 오류라고 하여도 극히 하나의 소부분이므로 족보로서의 가치를 상실시키는 정도의 것이 아니라고 인정하였으며, 법률행위의 요소에 착오가 있다고 인정하기 어렵다는 이유를 설명하고 있고, 전단 판시이유만으로 이미 원판결의 주문을 지지하기에 충분하다. 더 나아가 가정론으로서도 원판결의 이유는 상당하고 문제되는 바가 없다. 본 논지는 이유가 없다.

이상과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

79 강제집행이의에 관한 건
〔대정5년민상제67호 1916년 4월 25일 판결〕

【판결요지】

1. 지상에 생육하는 엽연초(葉煙草)는 아직 토지로부터 분리되기 전에는 부동산이다. 그리고 그 매매를 제3자에게 대항하려면 적어도 그 권리의 득실변경의 사실을 표시하는 방법을 취하여야 하고, 특별한 징표를 붙여 타인에게 명인시킬 수 있는 방법을 취하거나 인도의 방법을 취한 때에는, 대항요건을 갖추었다고 인정하여야 한다.

【제 1 심】 경성지방법원 수원지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 임구미장(林久米藏, 하야시)
소송대리인 중촌시장(中付時章, 나까무라)
【피상고인】 조선연초 주식회사
대표자 이사 굴전정충(堀田正忠, 홋따)

위 당사자 간의 강제집행이의사건에 관하여 1916년 2월 15일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다. 본건의 쟁점은 피상고인과 소외 도합덕태랑(都合德太郞, 쯔고우) 간에 매매된 지상생육중의 엽연초가 동산인지 부동산인지에 있다. 원판결은 “본건 계쟁물과 같은 조만간 그 생육하는 토지로부터 분리하여 독립한 동산으로 되는 것에 있어서는, 그 분리 전이라 하여도 소유자의 의사에 의하여 이로써 매매거래의 목적으로 하여 동산으로서 그 소유권을 이전할 수 있다”고 판시하여, 당사자의 의사에 의하여 물건 본래의 성질이 법률행

위상 동산이 되고 부동산이 되는 것과 같이 판정하였다. 토지의 정착물이 부동산임은 민법이 규정하여, 입목입도 등 모두 이를 부동산으로 보아야 함은 법문상 의문이 없고, 학설과 판례는 이미 일정하다. 본건의 계쟁물인 엽연초는 위 입도 등과 그 성질을 달리하지 아니하고, 게다가 피상고인과 도합덕태랑(都合德太郎, 쯔고우)의 매매는 지상으로부터 분리 전인 점도 당사자가 다투지 아니하므로, 원판결은 입목입도 등도 역시 당사자의 의사 여하에 의하여 이를 동산으로 하여 법률행위의 목적이 될 수 있음을 인정한 것과 같다. 입목입도 또는 본건 엽연초와 같은 것의 매매는 당사자의 의사는 모두 장래 토지로부터 분리하는 것을 예상하는 것이므로, 원판결의 취지에서 본다면 정착물은 모두 동산이라고 해석한 것과 같다. 이것은 명백히 법칙의 오해로서 법률적용의 착오이다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 당사자가 주장한 항변을 유탈한 불법이 있다. 원심에서의 상고인의 항변은 본건 계쟁 엽연초는 토지의 정착물이고, 또한 가령 동산이라고 하여도 인도가 있다는 점을 부인하며, 또한 제1심에서도 제3자에게 공시의 방법을 한 것을 인정하지 아니하였다(원심에서 이 진술을 원용하였음은 원판결 사실적시 중에 기재가 있다)는 점이고, 계쟁물이 동산인지 부동산인지를 묻지 아니하고 피상고인과 도합덕태랑(都合德太郎, 쯔고우) 간에 있어서의 매매의 의사표시가 있음을 다투는 것이 아니다. 그 권리의 이전을 제3자인 상고인에게 대항함에 필요한 방법을 결한 점, 즉 동산이라면 인도, 부동산이라면 공시방법을 결한다고 주장한 것이다. 그런데 원판결은 단지 이유 전단에 누누이 설명하여 위 엽연초는 토지로부터 분리 전 이를 매매할 수 없다는 취지의 상기 항변은 타당하지 아니하다고 판정하고, 제3자인 상고인에의 대항조건에 관하여는 아무런 설명도 하지 아니하였음은, 상고인의 항변에 대하여 판결을 유탈한 것이라고 말할 수 있다. 단, 원판결이 상고이유 제1점과 같이 전적으로 계쟁 엽연초를 동산이라고 하고, 이유 후단과 같이 점유의 개정에 의하여 인도함으로써 매매 당사자 간은 물론 상고인에의 대항조건도 완전히 행하였다는 취지라고 한다면, 본 논지는 그 필요가 없다.

살피건대, 원판결은 “용인군 수여면, 포곡면에 걸쳐있는 개간지에 생육하는 계쟁 엽연초에 관하여 (중략) 1915년 8월 4일 항소 회사가 위 도합덕태랑(都合德太郞, 쯔고우)과의 사이에, 공시증서에 의하여 위 엽연초를 덕태랑(德太郞)으로부터 매수한다는 취지의 계약을 체결한 사실이 있음은 당사자 간에 다툼이 없다”고 설시하고, 지상에 생육하는 엽연초를 지상으로부터 분리하기 전에 매매하였음을 인정하여 “아울러 본건 계쟁물과 같은 조만간 그 생육하는 토지로부터 분리하여 독립한 동산이 되는 것에 있어서는 그 분리 전이라 하여도 소유자의 의사에 의하여 이로써 매매거래의 목적으로 하고, 동산으로서 그 소유권을 이전할 수 있다”고 설시하여, 지상에 생육하는 엽연초를 그 분리 전이라 하여도 동산이라고 하였다. 그러나 민법 제86조에 의하면 토지 및 그 정착물은 이를 부동산으로 하고 그 외의 물건은 모두 이를 동산으로 하며, 그 부동산인지의 여부는 당사자의 주관적 의사만에 의하여 정하는 것이 아니라, 객관적 상황에 의하여 정하여야 하므로, 가령 후일 이를 분리할 목적으로 한 것이라도 아직 토지로부터 분리되기 전에는 여전히 부동산임은 물론이므로, 원심이 이를 가리켜 당사자의 의지에 의하여 동산이라고 한 것은 이 점에서 법률에 위배하였다. 그리고 조선부동산등기령 및 조선부동산증명령에 있어서, 토지 및 건물만의 등기 및 증명에 관하여 규정하고, 그 밖의 부동산에 관하여는 아무런 규정도 하지 아니하여도, 이미 부동산에 관한 물권의 득상 및 변경에 관하여 등기 또는 증명을 대항요건으로 하고, 또한 동산에 관하여도 인도를 그 대항요건으로 한 법의에 비추어 고찰할 때에는, 이들 규정이 없는 다른 부동산에 관하여 당사자의 의사표시만에 의하여 당연히 제3자에게 대항할 수 있다고 하는 것은 거래의 안전을 도모할 수 없으므로, 제3자에게 대항하려면 적어도 이에 관한 물권의 득실 및 변경의 사실을 표시할 어떤 방법을 취할 필요가 있다. 그 방법으로서는 또는 특별한 징표를 붙여 타인으로 하여금 이를 명인시킬 수 있기에 충분한 공시방법을 취하거나, 인도의 방법을 취한다면 이로써 대항요건을 갖춘 것이라고 인정함이 타당하다. 그리하여, 원판결에는 소외 도합덕태랑(都合德太郞, 쯔고우)과 피상고 회사와의 사이 즉 매매당사자 간에 있어서 본건 엽연초의 인도가 있음을 증거에 의하여 인정하

고, 이로써 제3자에게 대항하는 절차를 이행한 것이라고 판시함으로써, 피상고 회사의 소유임을 인정하고 또한 상고인에게 대항할 수 있음을 인정하는 이유에 있어서 부족하지 아니하다. 따라서 원판결은 그 이유 전단에서 소론과 같이 위법한 점이 있지만, 그 후단의 이유에 의하여 정당하기에 이른다. 따라서 본 논지는 결국 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

80 광구공동영업계약이행청구에 관한 건
〔대정5년민상제70호 1916년 4월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 1915년 제령 제8호 조선광업령 시행 후라 하여도, 구법인 광업법 및 같은 시행세칙의 시행시대와 동일하게 광업권을 목적으로 하여 타인의 관리하에 채광을 하게 하는 것은 이를 허용하지 아니한다. 따라서 그 채광계약은 무효이다(상고이유 제1점).

1. 텅스텐(중석)은 조선광업령 시행 전에는 광업법의 적용을 받아야 하는 광물이 아니라고 하여도, 같은 령 시행 후에는 같은 령의 적용을 받아야 하는 광물이므로, 그 광업권을 목적으로 하여 타인의 관리하에 채광하게 하는 것은 허용되지 아니한다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 공주지방법원 홍성지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 이근식
소송대리인 백정승오(白井勝悟, 시라이)
【피상고인】 전우익

위 당사자 간의 광구공동영업계약이행 청구사건에 관하여 1916년 2월 14일 경성복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.
원심은 법령을 부당하게 적용한 위법이 있다. 본건 상고인(원고), 피

상고인(피고) 간의 갑 제1호계약은, 피상고인은 금광 및 중석의 채굴권을 제공하고, 상고인은 광업경영에 관한 자금을 지출함으로써 공동경영하에 광물을 채취하는 것 및 피상고인은 당해 채굴인가장 및 관계 서류를 상고인에게 보관시킨다는 취지임은 원심이 인정하는 바이다. 그리고 당해 계약의 실행방법으로서 상고인은 광업권자인 피상고인의 이름으로 광물을 채취하는 것이다. 그런데 피상고인은 당해 계약을 무시하고 채굴에 필요한 '다이너마이트' 사용 인가의 절차 및 관계 서류의 인도를 하지 아니함으로써 그 이행을 구하는 것에 불과하고, 상고인이 광업권을 가지지 아니함에도 불구하고 광물을 채굴하게 할 것을 소구하는 것이 아니다. 따라서 본건 계약은 광업법위반 행위를 목적으로 하는 것이 아니다. 그런데 원심이 본건 계약을 광업법위반의 행위를 목적으로 하는 것이므로 당해 계약은 무효라고 논단한 것은, 법령의 적용을 것이다.

살피건대, 원심에서의 상고인의 청구원인으로서 진술된 요지는 다음과 같다. 계쟁의 금광 및 중석광(텅스텐)은 피상고인이 채굴의 인가를 받아 그 광업권을 갖고 있는데, 상고인은 1915년 6월 30일 피상고인과의 계약에 의하여 위 광업을 공동경영하기로 하고, 상고인은 자금 5,000원을 지출하되 채굴을 하기에 앞서 600원으로 시굴에 착수하고, 광맥이 없는 경우에 다시 협의를 할 것과, 피상고인은 위 양 광산의 채굴인가장 및 관계 서류를 상고인에게 보관시킬 것을 약속하였다. 그런데 피상고인은 위 중석광산의 채굴인가장을 인도하지 아니하고, 또한 광물채굴에는 '다이너마이트'의 사용을 필요로 하여 광업권 명의인인 피상고인에게 당해 출원방식을 구하였음에도 응하지 아니하므로, 위 계약에 기하여 본소에 이르게 되었음은 원판결의 사실적시 및 원심 구술변론조서에 비추어 명백하다. 그 주장 자체에 의하여 본건의 청구원인인 계약은, 상고인과 피상고인 사이에 피상고인으로부터 위 양 광구의 채굴인가장 및 관계 서류를 상고인에게 교부하고, 상고인은 자금을 지출하여 자신의 관리하에 채광을 하는 것을 목적으로 함은 매우 명료하다. 위 계약은 상기와 같이 1915년 6월 중에 성립한 것이므로, 이를 그 당시에 행하여진 구한국 광무 10년(1906년) 법률 제3호 광물업법, 같은 해 농상공부령 제43호 광업법 시행세칙에 비추어보면,

광업법에서는 광업권을 갖지 아니하고 채굴하는 것을 금지하는 규정이 있고, 같은 시행세칙에 광업권을 저당권의 목적으로 하는 것을 허용하는 이외에 용익권 등의 목적으로 하는 것을 허용하는 규정이 없는 것을 참작하면, 광업권자는 자신이 또는 자신의 책임하에 광업대리인으로 하여금 관리시켜 채굴할 것을 필요로 함으로써 그 광업권을 목적으로 하여 타인의 관리하에 채광하는 것과 같은 것은 법이 허용하지 아니하는 바이다. 본건 계약은 이상과 같이 광업권자인 피상고인의 채광권리를 상고인에게 수여하고, 상고인의 관리하에 채광하는 것을 목적으로 하는 것이므로, 그 당시 시행된 법령위반의 행위를 목적으로 하는 것으로서, 당해 계약이 무효임은 두말할 필요가 없다. 따라서 원판결에서 동일한 이유에 기하여 상고인의 청구는 부당하다고 판시한 것은, 원판결 당시에 시행된 법률의 적용으로서 문제될 바가 없다. 그리고 1915년 제령 제8호 조선광업령은 1916년 4월 1일부터 시행되므로 이와 동시에 광업법, 같은 시행세칙은 폐지되지만, 신법인 광업령 제17조에서 광업권은 상속, 양도, 저당, 체납처분 및 강제집행의 목적 이외에 권리의 목적이 될 수 없다고 규정함으로써, 위 기재 이외에 광업권을 권리의 목적으로 하는 것은 법령이 금지하는 바이다. 이 점에 관하여 신구법의 규정은 조금도 다르지 아니하므로, 원판결에서 "본건 계약은 위법행위를 목적으로 하기 때문에 무효로서 당해 계약을 원인으로 하는 본소 청구는 부당하다"고 하여 상고인의 청구를 배척한 것은, 결국 상당하고 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심은 법률의 적용을 그르친 위법이 있다. 본건 상고인의 청구는, 갑 제1호증에 기하여 금광 및 중석광(즉 '텅스텐'이라 한다)의 계약에 관하여 이행을 구하는 것이고, 그 내용은 중석채취에 필요한 '다이너마이트' 사용출원의 절차 및 중석광에 관한 서류의 인도를 하는 것에 있다. 금광만의 요구에 있는 것이 아님은 원심이 인정하는 바이다. 그런데 원심판결문 중 "항소인의 청구의 요지는 본건 금광 및 중석광은 피항소인이 그 광업권을 갖는 것이고 항소인은 피항소인과의 계약에 의하여 자금을 지출하여 광물을 채굴하는 것 및 피항소인은 당해 채굴인가장 및 관계 서류를 항소인에게 보관시키는 것을 약속함으로써,

이 계약에 기하여 본소 청구를 한다는 것이지만, 상기 항소대리인 주장의 계약은 본건 금광 및 중석광에 관하여 그 광업권자인 피항소인은 항소인에게 당해 채굴의 권리를 수여하고 항소인으로 하여금 광업을 관리시키는 것을 목적으로 하는 것임은, 항소대리인의 주장사실에 비추어 명료하다. 즉 광업법위반의 행위를 목적으로 하기 때문에 당해 계약은 무효인 것이라고 논단할 수밖에 없다"고 되어 있다. 이것은 요컨대, 원심은 본건 청구가 전적으로 광업법(광무 10년 법률 제3호)의 위반행위로서 배척한 것이다. 그런데 그 청구는 금광만이 아니고 오로지 중석에 있는 것은 전술한 것과 같다. 그리고 중석에 관하여는 융희 2년(1908년) 8월 13일 칙령 제58호 국유토석채취규칙에 준거하여야 하는 것으로, 위 광업법의 지배를 받아야 하는 것이 아님은 물론이다. 그런데 원심이 상기와 같이 광업법위반행위로서 본건 요구의 전부를 배척한 것은, 명백히 법률의 적용을 그르친 위법한 판결이다.

살피건대, 본건의 계약 성립은 1915년 6월 30일이고 원판결의 선고는 1916년 2월 14일임은 기록상 명백하다. 모두 광업령의 시행 이전에 속하므로 그 당시 시행된 법률을 적용하여야 한다. 그리고 그 당시 시행된 광업법 및 같은 시행세칙에 의하면, 광업법의 적용을 받아야 하는 광물은 같은 시행세칙 제1조에 열기하고 있고, 소론 "텅스텐(중석)은 당해 열기 중에 포함되지 아니한다" 따라서 구법인 광업법이 시행된 시대에는 중석에 관하여 광업법을 적용하여야 하는 것이 아니고, 구한국 융희 2년 칙령 제58호 국유토석채취규칙을 적용하여야 하므로, 원심이 금광과 중석광을 구별하지 아니하고 중석에 관하여도 또한 광업법 및 같은 시행세칙을 적용한 것은 타당하지 아니하여, 위법을 면할 수 없다고 하여도, 1916년 4월 1일부터 시행된 조선광업령에 의하면 그 제1조에 본령에서 광물이라 칭하는 것은 (중략) 텅스텐광 운운을 말하고 있다. 즉 <u>신법인 광업령에서는 "텅스텐(중석)"을 광물이라 하고 광업령을 적용하는 것으로 되었다. 그리고 같은 령 제17조에서 광업권은 상속, 양도, 저당, 체납처분 및 강제집행의 목적 이외에 권리의 목적이 되는 것을 금하고 있으므로, 광업권자인 피상고인이 그 권리를 상고인에게 수여하고 상고인으로 하여금 광물을 관리시키는 본건 계약과 같은 것은 광업령이 허용하지 아니하는 바이다. 그러므로</u>

본소 중석에 관한 청구도 역시 법령이 금지하는 것을 이행시키려는 것이고, 그 청구자체가 법령위반행위를 목적으로 하는 것이므로 부당함은 두말할 필요가 없다. 따라서 원심판결 당시에 중석에 관하여 광업법 및 같은 시행세칙을 적용한 것은 타당하지 아니하지만, 이상과 같이 광업령의 시행에 의하여 그 적용을 받게 됨으로써, 상고인의 청구는 부당하여 이를 배척하여야 하므로, 본 논지는 결국 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

본건에서 중석채취에 관하여 소관경찰서에의 '다이너마이트' 사용출원의 절차 및 중석광에 관한 서류의 인도는 반복되는 요구로서 가장 중요한 사항에 속한다. 그런데 원심은 이 점에 대하여 아무런 심리도 하지 아니하고 단지 "이 계약을 원인으로 하는 본소 청구는 다른 쟁점에 관한 설명을 기다리지 아니하고 부당하므로, 본건 항소는 이 점에서 이미 이유가 없는 것"이라고 판시한 것은, 중요한 사실에 관하여 심리를 다하지 아니한 불법이 있다.

살피건대, 광물채취에 관하여 소관경찰서에의 '다이너마이트' 사용출원의 절차 및 중석광에 관한 서류의 인도청구는 상고인이 스스로 금광 및 중석광의 광업을 관리하고, 광물을 채취하려는 준비 또는 부수의 사항임에 불과하다. 이미 제1점 및 제2점에서 설명한 것과 같이 금광석 및 중석광(텅스텐광)에 관한 본소 청구가 부당하여 배척하여야 하는 이상은 그 부종인 소론의 '다이너마이트' 사용출원의 절차 및 중석광에 관한 서류인도의 청구도 역시 주된 청구와 그 운명을 같이하여 모두 배척되어야 함은 당연하므로, 원판결에서 금광 및 중석광에 관한 청구는 법령위반행위를 목적으로 하는 계약을 원인으로 하기 때문에, 다른 쟁점에 관한 설명을 기다리지 아니하고 본소 청구는 부당하다고 설시하여 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고, 소론과 같은 위법이 없으므로 본 논지는 그 이유가 없다.

이상의 설명과 같으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

81 토지소유권확인 및 침해배제청구에 관한 건
〔대정4년민상제176호 1915년 5월 9일 판결〕

【판결요지】

1. 해면은 사인의 소유권의 목적이 될 수 없다(상고이유 제1점).

1. 토지와 해면과의 분계(分界)는 최고만조시에 있어서의 분계선을 그 표준으로 한다. 따라서 토지가 일시적 현상이 아니고 최고만조시에 있어서 조수의 침입을 받게 될 때에는, 해면으로 변함과 동시에 사인의 소유권의 객체가 될 적격을 상실한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 박간방태랑(迫間房太郎, 사코마)
소송대리인 안무천대길(安武千代吉, 야스다케) 외 1인
【피상고인】 조선기업 주식회사
대표자 이사 신야금지조(神野金之助, 진노)
소송대리인 고교극친(高橋克親, 다까하시) 외 1인

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 침해배제 청구사건에 관하여 1915년 5월 10일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 법률에 반하여 사실을 부당하게 확정한 불법이 있다. 원판

결문에 관하여 그 요점을 본다면, "원심 증인 이학삼, 김영선, 박이겸의 진술에 의하면, 제1 및 제3의 장소에 존재하는 항소인(상고인, 원고)의 매수토지가 1905년경 풍랑으로 인하여 그 지형이 변경되고 그 후 항상 해수가 침입하는 장소가 된 것이며, 또한 지금의 제1 및 제2의 장소는 피항소 회사(피상고인, 피고)가 이를 매립하고, 제3의 장소는 그 북쪽의 약 2분의 1은 매립하고, 남쪽 약 2분의 1은 해면인 사실은 원심 검증조서의 기재에 의하여 명료하므로, 항소인은 본건 계쟁의 장소에 대하여 소유권을 주장할 수 있는지의 여부를 판단건대, 가령 풍랑홍수 등으로 토지의 일부가 유실되어도 단지 일시적인 현상에 불과하여 그 복구를 할 수 있는 경우에 있어서는, 그 소유권을 상실하지 아니한다고 하여도, 그 상태가 영속하여 전적으로 지형이 변경되고 토지의 표면이 수중에 잠겨버린 때에는 토지로서 그 존재를 인정할 수 없으므로, 토지의 유실에 의하여 그 소유권은 소멸한 것이라고 말하여야 한다. 이를 본건의 경우에서 생각한다면, (중략) 항소인 소유의 토지가 풍랑으로 유실되기에 이른 것은 1905년, 6년경의 일로서, 그 후 수년간 계속하여 해수의 침입을 맞게 되고 이를 일시적인 현상이라고 말할 수 없음은 물론이므로, 그 해수가 침입하는 구역 전부는 이를 해면이라고 간주하여야 하는 것인지의 여부를 고찰하건대, 수륙분계선은 만조시에 있어서의 분계선을 표준으로 하여야 하는 것으로, 만조시에 있어서의 침수구역인 본건 계쟁의 장소와 같은 것은 이를 해면이라고 말하여야 한다. 본건의 경우와 같이 토지가 그 성질이 변경되어 해면이 된 때에는 전적으로 토지로서의 존재를 상실하기에 이른 것이므로, 가령 종래의 토지의 일부가 해저에 존재하여도 이에 대하여 소유권을 주장할 수 없다"라고 설명하였다. 이를 요약하면, 원심판결은 명백히 본건 계쟁의 제1 및 제3의 장소는, (1) 상고인이 1905년, 6년경 이전에는 완전한 소유권을 가졌던 사실을 인정하고, (2) 당해 소유지는 1905년, 6년경 풍랑으로 파괴되고 그 이후 만조시에 해수가 침입하는 곳이 되었으며, (3) 이 사실은 단지 일시적인 현상이 아니라 수년 계속해 왔기 때문에 당해 만조시에 있어서의 해수의 침입의 사실에 의하여 소유권의 목적인 토지가 소멸되어 해면이 되었다고 보고, 따라서 소유권은 목적물의 소멸과 동시에 소멸되었다는 것이다. 그러나 해안지에

있어서는, 풍랑에 파괴되고 만조시에 조수가 침입하는 부분은 토지로서는 소멸되어 조해(潮海)가 된다고 간주하는 법률은 지금까지 존재하지 아니하였다. 법률이 존재하지 아니하고 현존하는 소유지를 해면이라고 간주하는 것은, 법률에 반하여 사실을 확정한 것에 틀림없다.

살피건대, 연안의 해면은 일반 공중의 사용에 제공되고, 관의 허가를 받지 아니하면 독점할 수 없는 것, 즉 공유물로서 사인의 소유권의 객체가 될 수 없음은 1907년 4월 칙령 제200호 조선관유재산관리규칙 제3조, 1914년 4월 조선총독부령 제48호 관유수면매립규칙 제1조, 1911년 6월 제령 제6호 어업령 제1조, 1914년 4월 조선총독부령 제47호 항만 그 밖의 공공이용에 제공되는 수면 및 그 부지의 단속에 관한 건 등에 관의 허가를 받지 아니하면, 공중의 사용을 방해할 수 있는 시설 일절을 할 수 없다는 취지의 규정이 있음에 의하여도 명백하다. 그리고 토지와 해면과의 분선은 토지소유권의 성질 및 공유물의 성질상의 차이로부터 보아 최고만조시에 있어서의 분계선으로 하여야 한다. 왜냐하면, 토지소유권은 법령의 제한 내에서 자유롭게 토지의 사용, 수익, 처분을 하는 권리로서 그 토지의 상하에 미치는 것으로 그 본질로 하고, 공유물은 일반 공중의 사용에 제공되어 사인의 독점을 허용하지 아니하는 것을 그 본질로 하는데, 만조는 일시 및 계절에 의하여 고저의 차가 있다고 하여도, 최고만조시에 있어서 조수가 침입하는 구역은 그 침입하지 아니한 구역에 비하여 그 보존의 방법 및 사용・수익의 방법에 관하여 저절로 다르므로, 토지 본래의 성질과는 크게 그 취지를 달리 하는 바가 있음을 인정할 수 있음과 동시에, 최고만조시에 있어서 조수가 침입하는 구역은 그 자연의 상태에서 공중의 사용에 제공되어 관의 허가를 받지 아니하면 사인의 독점이 허용되지 아니하다는 것이 사회생활상의 통념이기 때문이다. 1913년 6월 같은 부 훈령 제33호 임시토지조사국조사규정 제2조에 면동의 경계가 해면에 접할 때에는 그 경계는 만조시에 있어서의 수륙분계선으로 하여야 함을 정하였음은, 위 법칙의 적용을 제시한 것에 틀림없다. 토지와 해면과의 분계선은 최고만조시를 그 표준으로 하여야 함은 전술과 같다. 따라서 최고만조시에 있어서 조수가 침입하는 구역이라 하여도, 그 침입을 입지 아니하기에 이른 때에는 토지가 되고, 동시에 소유권의 객

체일 수 있다. 이에 반하여 종래 최고만조시에 있어서 조수가 침입하지 아니하는 구역이라 하여도 그 침입을 입게 된 때에는 해면이 됨과 동시에, 사인의 소유권의 객체가 될 적격을 상실한다. 그러나 일시적인 변화는 위 구별의 표준으로 할 수 없다. 그리고 이를 일시적 변화에 불과한 것으로 보는지의 여부는 사실문제이다. 따라서 원심이 본건 계쟁 제1 및 제3의 장소에 대하여 1905년, 6년경 풍랑으로 파괴되고 그 후 최고만조시에 해수가 침입하는 곳이 되었다는 점 및 그것이 수년간 계속하여 온 사실에 의하여 일시적인 변화가 아니라고 하여, 소유권의 목적인 토지가 소멸하여 해면으로 되었음을 인정하였고, 따라서 상고인의 소유권이 목적물의 멸실과 동시에 소멸해버렸다는 취지를 설시한 것은 상당하고, 조금도 법률에 위배되어 사실을 확정한 불법이 없다. 상고인 소론의 원판결 중 '간주한다' 문자에 대한 비난은 단지 용어의 비난에 그치고, 원심이 계쟁 제1 및 제3의 장소에 대한 상고인의 소유권의 주장을 배척한 이유가 위 설시와 같은 이상, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

가령 '간주한다'라는 문자는 추정 또는 인정과 같은 뜻으로 사용된다고 가정하여도, 또한 원판결은 법률에 반하여 사실을 확정한 불법을 면할 수 없다. 왜냐하면 토지의 소유권의 범위는 민법 제207조에 의하여 명확한 것과 같이, 직상으로는 그 위에 부착하는 일절의 사물 및 상공의 이용에 미치고, 직하로는 지저의 지축에 달하기까지 광물 등 특종 법정물을 제외하고 모든 토석에 미치는 것이 원칙이다. 호해조수(湖海潮水)의 침입의 경우라 하여도 수저에 있어서의 토지는 여전히 실재하는 것은 실로 현저히 명확한 사실이고, 원심판결에서도 역시 만조시가 아니면 해조가 침입하지 아니함은 인정된 바이기 때문이다. 그렇다면 소멸이 아니라 토지의 파손에 불과하다. 파손에 의하여 침수(浸水) 고침시(高浸時)에 그 침해를 입은 사실은, 이것은 실로 토지의 소멸이 아니고 그 표면에 해조가 왔다 가는 것에 틀림없다. 그러함에도 만연히 계쟁지는 소멸하고 소유권도 동시에 상실하였다고 판정해 버린 것은, 무엇보다도 불법하게 사실을 확정한 것이다.

살피건대, 토지의 소유권은 법령의 제한 내에서 그 토지의 상하에

미치는 것 및 조수가 침입하는 경우라 하여도 그 해저에 있어서의 토사암석이 여전히 존재하는 것은 상고인 소론과 같다. 그리고 원심이 만조시가 아니면 계쟁지에 해수가 침입하지 아니한 것을 인정한 것도 역시 상고인 소론과 같다. 그러나 원심은 계쟁 제1 및 제3의 장소는 1905년, 6년경 풍랑으로 파괴되고 그 후 만조시에 해수가 침입하는 곳이 되었으며, 이 사실이 수년간 계속되어 온 것을 인정하고, 이 사실에 의하여 일시적 변화가 아니라 토지가 소멸하여 해면이 되고 따라서 소유권소멸에 이르게 되었음을 판시한 것으로, 그 판시가 상당함은 이미 상고이유 제1점하에서 당원이 설시한 바이다. 따라서 상고인이 토지의 멸실이 아니라 토지의 파손으로서 고조시 해수가 들어오는 것에 불과하다는 논지는 이유가 없다. 또한 해저는 그 성질상 해면과 분리할 수 없으므로 상고인이 해저가 있음으로 인하여 토지소유권의 소멸을 초래하지 아니한다고 하는 논지는 역시 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

바로 이와 같이 조수를 받는 사유지는 호해(湖海)로 간주한다는 법률이다. 위 호해연안지가 풍랑으로 토지의 표면이 파손되고 만조시에 조수가 침입하는 경우에 있어서도, 토지 자신은 적확하게 실재하고 단지 그 상면이 조수가 침입하는 형상으로 변경될 뿐이다. 때문에 원판결의 문언에 구애되지 아니하고 전문의 관계에서 그 진의를 탐구할 때에는, 필경 "계쟁지의 제1 및 제3의 장소는 이전에는 완전한 사유지였다고 하여도, 1905년, 6년경 풍랑으로 침해되고 그 후 토지의 상면이 점차로 파손되어 만조시에는 조수를 받는 상태로 변경된 토지는 그 자체는 존재하여도, 만조시에 있어서 조수가 미치는 분계선까지는 해면으로 한다는 법칙의 적용에 의하여 본안 토지소유권도 역시 소멸하게 되었다고 판정하여야 한다"라는 뜻으로 해석할 수 있다. 그러나 이것 또한 법칙의 적용을 그르친 방법의 판결이다. 원래 토지의 소유권이라는 것은 그 토지상에 퇴적된 토지와 일체를 이루는 것은 모두 그 토지소유권리에 흡수될 뿐만 아니라, 그 범위는 위로는 공중에 미치고 밑으로는 지저에 미치는 것이 원칙임은 전술한 바와 같으므로, 가령 그 토지의 상부에 파괴 또는 변화가 초래되어 있다고 하여도, 이로 인하여 물질상 토지의 소멸이 초래되지 아니함은 물론, 법률상으로

도 역시 이를 소유권리의 소멸로 보는 규정이 존재하는 것을 볼 수 없다. 한발 더 나아가 조선고래의 관습법을 보건대, 강변이나 해변 가의 토지의 소유권은 가령 강해 유수의 작용으로 인하여 소유지면의 토사가 유실되고, 그 결과 지면에 변화가 초래되거나 강해의 밑바닥과 동일한 상태가 된 경우라 하여도, 이로 인하여 그 토지의 소유권을 소멸시키지 아니한다. 즉 이러한 경우에 있어서도 여전히 소유권의 존재를 인정하여 왔음은 현저한 사실로서 재판상의 실례 역시 없지 아니하고, 특히 공법 즉 행정상에 있어서는 가장 명확하게 목적이 실제로 실행되고 있음이 보인다. 실제로 1912년 6월 관통 제212호 황지천해호성(荒地川海湖成) 토지의 지세면제방법에 관한 통첩의 제3항에도 "3. 황지성천해호성(荒地成川海湖成)으로 하여 면제하여야 하는 것은 수년간 복귀의 가망성이 없는 토지에 한한다는 의미이고, 일시적인 침수에 의하여 수확이 없어도 토지의 피해정도가 경미하여 바로 복구할 수 있는 것은, 지세징수불능액처분내규에 의하여 취급하여야 한다고 하고, 또한 1912년 세(稅) 제857호 통첩에는 "황지성(荒地成) 또는 호해천성(湖海川成) 토지의 지세는 토지소유자로부터 신고가 있는 경우에 한하여 면제하여야 한다"고 되어 있다. 이에 의하여 본다면 호해천의 연안지의 소유권은, 그 토지가 호해천성으로 변한 경우에 있어서는 전적으로 원판결의 해석과 정반대로서, (1) 단지 일시적인 피해에 그치고 바로 복구가 가능한 경우에는 면세처분의 이유마저 되지 못하고, (2) 그 면세의 이유가 될 수 있는 것은 피해가 매우 중대하여 가령 인공을 가하여도 수많은 연월일간 복구의 가망이 없는 경우에 한정되는 토지이며, (3) 이와 같은 경우에 있어서도 소유자의 신고에 의하여 관의 조사검분을 거쳐 이에 면세처분을 하여야 한다고 정하고 있다. 따라서 이 면세처분의 결정이 없는 이상은, 가령 토지의 상부가 호해의 밑바닥으로 변형하여도 면세하는 것을 이를 할 수 없다. 이것은 실로 소유권은 자유의 성질을 가지므로 소유자가 반드시 이를 이용하여야 할 의무가 없고, 따라서 가령 하해(河海)의 파도에 휩쓸려 이용할 수 없는 경우라 하여도, 소유자가 이를 참고 이의 없이 조세를 부담하는 이상은 국가가 반드시 이에 간섭함으로써 조세를 면제할 필요가 없을 뿐만 아니라, 토지의 징세는 국가세계상의 중요한 재원이므로 쉽게 그

면제를 허용하지 아니하는 공법상의 이유를 동반한다. 또한 (4) 지세의 면제는 글자 그대로 원래 토지는 조세를 부담할 의무가 있으므로, 특히 행정상의 은전으로 호천해역지에 대하여는 그 복구 후 약간 시간이 경과할 때까지 그 토지 당연부담을 면제하는 것이다. (5) 따라서 면세와 처분은 소유권의 소멸의 선언이 아니라 사유지의 부담의 면제에 틀림없다. 요컨대, 토지소유의 권리는 가령 그 토지가 전적으로 호해(湖海)와 같이 수저(水底)로 되어버린 경우라 하여도, 소유자가 이를 포기하지 아니하는 이상은 소유의 권리는 여전히 존재하고, 따라서 토지에 대한 의무의 부담을 맡기지 아니하는 것은 공법상에 있어서의 일반의 원칙이다. 본건 계쟁지에 있어서는 종래 완전한 토지인 때로부터 계속하여 지세를 부담하여 왔고, 지금도 성실히 부담하고 있는 것은 갑 제1호증에 의하여 다툼이 없는 사실이고, 실제로 상고인은 시기를 기다려 파손지의 수복을 할 뜻을 품고 지금까지 소유권의 자유를 주장한 것이므로, 일면 국가에 있어서도 일부러 간섭하여 면세처분을 명하지 아니하였을 뿐이고, 즉 여전히 토지소유권의 공적 부담을 계속 부담시키면서 지금에 이르렀다. 원심에서는 토지소유권의 확인에 있어서 아무런 관계가 없는 국제법상의 이론을 거론하거나, 수륙분계의 일반적 표준에 관한 이론을 원용함으로써 적당하지 아니한 소유권의 소멸의 이유로서 적용한 것은, 적용하여서는 아니 되는 법칙을 적용한 불법이 있다.

살피건대, 토지로서 최고만조시 조수가 침입하는 구역이고 또한 일시적 변화가 아닌 때에는, 토지멸실하여 해면으로 변하고 사인의 소유권의 소멸이 초래된다는 것은, 상고이유 제1점에서 이미 이를 설시하였다. 그리고 토지의 소유권은 법령의 제한 내에 그 토지의 상하에 미친다는 법칙은 토지의 존재를 전제로 하는 것으로서, 토지가 없게 된 때에는 위 법칙의 적용이 없게 되는 것은 자명한 이치이다. 본 논지 전단의 이유가 없음은 상고이유 제1점에서 설시한 바로서 스스로 이해할 수 있고, 또한 논지 중 관습 및 재산상의 실례에 관하여 내세우는 바가 있지만, 그 이유가 없음은 추가상고이유 제7점에서의 설시에 의하여 이해하여야 한다. 그리고 상고인이 인용하는 1912년 6월 관통(官通) 제212호 및 1912년 세통(稅通) 제857호는, 1912년 12월 조선총

독부 훈령 제92호 결수련명부 취급절차의 의문에 관하여 발령한 통첩으로서, 같은 취급절차가 1914년 3월 제령 제1호 지세령, 같은 해 3월 조선총독부령 제42호 지세령시행규칙의 발포 후 같은 해 6월 같은 부 훈령 제34호 지세사무취급절차 중의 부칙에 의하여 폐지된 결과 저절로 폐지되어버린 통첩이지만, 같은 통첩의 내용으로 하는 취지는 신법령에 있어서 이를 수용하고 있다. 뿐만 아니라 본건 계쟁지에 대한 조수의 침입기간이 같은 통첩이 존재한 당시에도 미치므로, 같은 통첩의 취지가 상고인 소론과 같이 과연 상고이유 제1점에서 설시한 법칙과 모순되는지의 여부에 관하여 판단한다면, 상기 관통 제312호 황지천해호성(荒地川海湖成) 토지의 지세면제방법에 관한 통첩 제3항에 "황지성 천해호성으로서 면세하여야 하는 것은 수년간 복귀의 가망이 없는 토지에 한하는 의미로서, 일시적 침수에 의하여 수확이 전혀 없어도 토지의 피해정도가 경미하여 바로 복구할 수 있는 것은, 지세징수불능액처분내규에 의하여 취급하여야 한다"라는 것은, 상고이유 제1점에서 설시한 법칙과 모순되는 것이 아니다. 오히려 그 법칙의 적용을 제시하는 것에 틀림없다. 왜냐하면, 해성지(海成地)로서 수년간 복구의 가망이 없는 것에 대한 지세를 면제하는 이유는, 이미 토지로서 그 존재를 인정할 수 없다는 것이기 때문이다. 이에 반하여 해성지라 하여도 바로 복구할 수 있는 것에 대하여 지세징수불능처분내규에 의하여 취급하게 하는 이유는, 일시적 변화에 불과하는 것은 여전히 토지로서 그 존재를 인정할 수 있다는 것이기 때문이다. 상기 세통 제857호에 "황지성 또는 천해호성 토지의 지세는 토지소유자로부터 신고가 있는 경우에 한하여 면제하여야 한다"고 되어 있지만, 역시 상고이유 제1점에서 설시한 법칙과 모순되지 아니한다. 왜냐하면, 해성지로 된 경우에 있어서 이를 일시적 변화로 할 것인지의 여부는 사실문제이므로, 조선전토에 걸쳐 시시각각 조사하는 것은 도저히 세관리가 할 수 없는 바이므로, 토지소유자로부터 신고가 있는 경우에 한하여 실지의 검사를 하고 그 사실을 조사하는 것으로 하여 징세의 편의를 도모한 것이기 때문이다. 따라서 상고인이 위 통첩의 취지라고 주장하는, (1) 단지 일시적인 피해에 그치고 바로 복구가 가능한 경우에는 면세처분의 이유가 되지 아니한다, (2) 그 면세이유가 되는 것은 피해가 매우 중

대하고 가령 인공을 가하여도 수년간 복구의 가망이 없는 경우에 한 한다, (3) 이러한 경우라 하여도 소유자의 신고에 의하여 관의 조사처분을 거쳐 면세처분을 하여야 한다고 정하고, 면세처분의 결정이 없는 이상은 가령 토지의 표면이 호해(湖海)의 밑바닥으로 변하여도 면세의 이유가 되지 아니한다, 이것은 실로 소유권은 자유로운 성질을 가지므로 소유자가 반드시 이를 이용하여야 한다는 의무가 없고, 가령 하해(河海)의 파도에 휩쓸려 이용할 수 없는 경우라도 소유자가 이를 참고 이의 없이 조세를 부담하는 이상은, 국가가 반드시 간섭함으로써 조세를 면제할 필요가 없을 뿐만 아니라, 토지의 과세는 국가세계상의 중요한 재원이므로 쉽게 면제를 허용하지 아니하는 공법상의 이유를 동반한다, (4) 지세의 면제는 글자 그대로 원래 토지는 조세를 부담할 의무가 있으므로, 특히 행정상의 은전으로 호천해성지에 대하여 그 복구 후 약간의 시일이 지날 때까지 그 토지 당연의 부담을 면제하는 것이다, (5) 따라서 면세처분은 소유권의 소멸의 선언이 아니고 사유지의 부담의 면제에 틀림없다는 논지는 실로 타당하다. 그러나 상고인이 토지의 표면이 호해와 같이 수저로 함몰된 경우에 있어서는 소유자의 신고에 의하여 면세되는 일이 있지만, 그 면세가 있었는지의 여부에 관계없이 소유자가 그 포기를 하지 아니하는 이상은, 소유권은 여전히 존재한다는 논지가 이유 없음은 상고이유 제1점의 설시에 의하여 이를 이해할 수 있다. 그리고 소유권을 포기하는 것은 소유할 수 있는 물건임을 전제로 하므로, 본건과 같이 공유물이 되고 사인의 소유권의 객체가 될 수 없기에 이른 물건에 관하여는 포기의 관념을 받아들일 수 없다. 또한 상고인은 본건 계쟁지에 관하여 종전 완전한 토지였던 때로부터 지세를 부담하고, 시기를 기다려 파손지의 수선을 할 뜻을 갖고 계속하여 지세를 부담하여 왔음은 갑 제1호증에 의하여 다툼이 없는 사실이라 하나, 과연 이 사실이 있었는지의 여부는 원심에서 확정하지 아니한 바로서 그 확정의 필요가 없는 점도 앞의 설시에 의하여 스스로 이해할 수 있다. 왜냐하면, 토지의 과세와 토지의 실재와는 항상 서로 존재하여야 하는 것을 원칙으로 함은 물론이지만, 과세가 없다는 이유로 토지가 아니라고 말할 수 없는 경우가 있는 것과 동시에, 과세가 있다는 이유로 마땅히 반드시 토지라고 말할 수 없는 경우

가 있음은, 실로 징세에 관한 절차법규와 토지소유권에 관한 실체법규와의 운용상의 차이로부터 발생하는 부득이한 결과이기 때문이다. 또한, 상고인은 원판결이 토지소유권의 확인에 관하여 아무런 관계가 없는 국제법상의 이론을 거론하거나, 수륙분계의 일반적 표준에 관한 이론을 채용함으로써 부당한 소유권의 소멸이유로 한 것은, 적용하여서는 아니 되는 법칙을 부당하게 적용한 것이라고 말하지만, 원판결에 국제법의 원칙을 든 것은 요컨대, 국제법상의 원칙으로서는 영해의 범위를 정함에 관하여 조시(潮時)를 그 표준으로 하여야 한다고 설시한 것으로, 국제법의 원칙을 본건의 경우에 적용한 것이 아니다. 그리고 토지와 해면과의 분계선에 관하여는 이미 상고이유 제1점에서 설시한 것과 같이 최고만조시로서 그 표준으로 하여야 한다. 따라서 본 논지 후단도 역시 이유가 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심은 계쟁지 제1 및 제3의 장소는 1905년, 6년경의 풍랑으로 인하여 그 지형이 변경되고, 그 후 항상 해수가 침입하는 장소가 되었다는 취지의 사실을 인정하여, 증인 이학삼, 김영선 및 박이겸의 증언을 채용하였다. 위 김, 박 양인은 오로지 제3의 장소에 관한 증인으로서, 이학삼은 오로지 제1의 장소에 관한 증인이다. 그 조서에 의할 때에는 “경부철도의 부설공사시 당해 토지를 바다에 면한 쪽으로부터 3분의 1까지 모래를 채취하여 저지가 되고, 해수가 침입하기에 이르렀다”고 되어 있고, 해수침입의 최초의 원인은 전적으로 인위작용임을 증언하고 있음에도 불구하고, 그 증언을 인용하여 바로 풍랑으로 인하여 해수침입의 장소가 되었다는 취지를 판시한 것은, 전적으로 증거에 의하지 아니하고 오히려 허무의 증언을 가상하여 불법하게 사실을 인정한 것이다.

살피건대, 제1심 증인 이학삼 조서에는 계쟁 제1의 장소는 “경부철도의 부설공사시 당해 토지를 바다에 면한 쪽으로부터 3분의 1 정도까지 모래를 채취하여 그 부분은 저지가 되어 해수가 침입하기에 이르렀다”라고 되어 있다. 따라서 해수침입의 최초의 원인이 전적으로 인위적 작용임을 증언하고 있음은 상고인소론과 같다고 하여도, 같은 조서에는 이하 계속하여 “그 해 또는 그 다음 해 8월경 대풍파가 있었

기 때문에 당해 토지는 전부 해수가 침입하기에 이르렀다”라고 되어 있으므로, 같은 증인의 진술을 채용하여 풍랑으로 인하여 지형이 변경되고 원래 항상 해수가 침입하는 장소로 되었음을 인정할 수 있다. 따라서 원심이 “원심 증인 이학삼(중략)의 진술에 의하면 계쟁 제1(중략)의 장소에 존재한 항소인의 매수토지가 1905년, 6년경 풍랑으로 인하여 그 지형이 변경되고 원래 항상 해수가 침입하는 장소가 되었다”는 취지를 설시한 것은 상당하고, 결코 허무의 증언을 채용하여 불법하게 사실을 확정한 것이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심은 “본건 계쟁의 장소는 피항소 회사가 매립허가를 받은 범위 내에 있고 이미 매립된 부분도 또한 해수침입의 장소가 되었음은, 당사자 간에 다툼이 없는 바로서”라고 판시하여, 마치 보통 만조시에 있어서 항상 해수침입의 장소인 것과 같이, 또한 이 점에 관하여 당사자 간 아무런 다툼이 없는 것과 같이 설명하였다. 그러나 상고인의 본소 토지에 대한 주장은 처음부터 제1 및 제3의 장소는 보통 만조시 이외에 우연히 최고조가 되는 것이 있고, 그 때에 있어서만 침입하는 장소를 포함함은, 제1심에 상고인이 제출한 준비서면의 기재 및 원심구술변론조서 중 “항소인은 재판장의 질문에 해면에 접한 부분은 경사가 완만하고, 그리고 조류는 항상 왕래한다”라고 되어 있고, 그 연해 경사면의 3은 보통 만조시에 있어서 해수가 항상 왕래하는 일이 있지만, 다른 부분은 그러하지 아니하다고 주장하고 있는 것에 의하여 명백하다. 그런데 원심이 이상과 같이 사실을 인정한 것은 전적으로 불법하게 사실을 확정한 것이라고 말하지 않을 수 없다.

살피건대, 상고인의 사실상의 주장은 원심구술변론조서에 “당사자 쌍방은 사실에 관하여는 제1심판결서의 적시사실과 동일한 취지의 진술을 하였다. 제1의 장소는(중략) 해면에 접한 부분은 완만한 경사지이다. 그리고 조류는 항상 왕래한다. 제2의 장소는(중략) 항상 조류가 왕래함은 제1의 토지와 같다. 제3의 장소는(중략) 만조시에는 해수의 내습이 있지만 평소에는 모래사장이다”라고 되어 있다. 제1심판결서의 사실적시에 “원고는 제1의 토지는(중략) 1905년경 (중략) 조수의 침입을 보기에 이르고, 제2의 토지는(중략) 원고 매수 당시에 있어서도 이

미 만조시 조수침입의 구역이었으며, 제3의 토지는(중략) 만조시에 조수의 침입을 보기에 이르고, 또한 본건 계쟁의 장소는 모두 최만조시에 있어서의 침수구역임은 이를 인정한다"라고 되어 있으므로, 계쟁지 중 해면에 접한 부분은 항상 조수가 왕래하지만, 계쟁지 중 해면에 접하지 아니한 부분은 최고만조시에 있어서만 조수의 침입구역이 된다는 점은 상고인 소론과 같다. 다음으로 피상고인의 사실상의 주장은 원심구술변론조서에 "당사자 쌍방은 사실에 관하여는 제1심판결서에 적시의 사실과 동일한 취지의 진술을 하였다"고 되어 있고, 제1심판결서의 사실적시에는 "본건 계쟁의 장소는 전부 해면으로서"라고 되어 있으므로 계쟁지는 전부 해면이라는 것이다. 그렇다면 즉 조수침입의 방면으로부터 고찰하여 계쟁지가 해수침입의 장소인 것에 관하여는, 당사자 간에 다툼이 없다고 말할 수 있으므로, "원판결에 해수침입의 장소인 것은 당사자 간에 다툼이 없는 바"라고 설시한 것은 상당하고 조금도 불법하게 사실을 확정한 것이 아니다. 또한 원판결은 최고만조시에 있어서 해수침입의 장소임을 설시한 것으로, 평시의 만조시에 있어서 항상 해수침입의 장소임을 인정한 것이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제3점은 다음과 같다.

인위 또는 자연의 작용에 기한 지형의 변경은 그 소유권관계에 대하여 어떠한 영향을 미치는지의 쟁점에 대하여 "원심은 가령 풍랑홍수 등으로 토지의 일부가 유실되어도 단지 일시적인 현상에 불과하여, 그 복구를 할 수 있는 경우에 있어서는 그 소유권을 상실하지 아니한다"고 설명하였다. 또한 조선총독부가 발한 제반의 법규, 통첩 등에 의하여도 한번 소유권이 인정된 토지는, 가령 천재 기타에 의하여 작토(作土)가 망실(亡失)되어도 이로써 토지소유권소멸의 원인으로 되지 아니한다. 단지, 일시적으로 황성지(荒成地)로서 조세를 면제하고, 시일 경과 후에도 도저히 복구 또는 다른 지목으로 변경할 가망이 없게 되어 비로소 토지소유자의 신고를 통하여 황지정리부 삭제처분을 하여야 하는 것으로서(앞서 상고이유에 인용한 1912년 6월 관통 제212호, 1912년 11월 세(稅) 제687호 및 같은 세(稅) 제857호 그리고 1912년 3월 결수련명부취급절차 등), 하수 범람하여 토양이 유실되고 풍랑

이 침등(侵騰)하여 작토가 휩쓸려간 것과 같은 것은 모두 소위 포락지(浦落地)의 일종임에 틀림없다는 취지를 명백히 하였다. 그렇다면 그 복구가 가능한지의 여부는 어떠한 표준에 의하여 구별하여야 하는지에 관하여, 상고인은 주로 이를 경제관계에서 관찰함과 동시에 소유자의 의사도 고려하여야 한다고 믿는다. 왜냐하면, 사권은 법률에 의하여 보호받는 이익관념이고, 또한 토지가 하루아침에 천재 등에 의하여 심대한 손해를 입었다 하여도, 그 복구비용을 공제하여 이익을 낼 수 있는 경우에는 그 손해지는 계속 경제적 가치를 갖는 것으로서, 즉 복구가 가능한 것이기 때문이다. 본건 계쟁지는 그 침수 당시부터 오늘에 이르기까지 여태 경제적 가치가 전멸하지 아니한 것은 다툼이 없는 사실일 뿐만 아니라(원심구술변론 제2회 조서 말단의 본건 계쟁지의 조수침입의 장소가 가령 원래 사유지라고 하면 다소 경제상의 가치가 존재하는 것은 이를 인정할 수 있다는 피상고인의 진술), 피상고인도 고가의 유상매수를 한 것이라고 주장하고, 실제로 본소에서 다대한 유가물로서 다투어짐으로써 재판상 매우 현저한 사항이다. 계속 상론한다면, 계쟁지는 침수된 상태로의 토지라도 상당한 매매가격을 가짐은 물론, 그 복구공사인 매립을 함으로써 이 비용에 배가되는 가격을 가지므로, 그러한 경제적 가격을 갖는 것을 가리켜 소위 복구불능의 토지라고 단정할 수 없음은, 실로 자명한 이치이다. 본소 토지의 근린에 있어서 본소 토지 이상의 해수침입지에 대하여 피상고인이 실제로 소유권을 인정하고 있는 것이 드물지 아니한 것과 같은 것은 위의 일례임에 틀림없다. 그런데 원심에서는 이 유가치인 계쟁지를 가리켜 복구불능의 토지라 단정한 것은 어떠한 이론에 기한 것인지 판결문으로부터 볼 때에는, 오로지 해수침입의 외형에 의하여야 하는 것이라고 한 것과 같지만, 그와 같은 것은 전적으로 위문위답(爲問爲答)이다. 즉 같이 해수침입의 외형을 가지는 것 중 소위 복구가 가능한 것과 불능한 것이라는 2종류가 있고, 그 외형에 의하여는 구별할 수 없으므로 다른 표준을 구하려고 하는 문제임에 그치거나, 또는 원심판결은 1905년, 6년경 이래 오랜 연월간 해수침입의 사실이 있으므로 그와 같이 복구불능의 토지라고 인정한 것과 같다. 즉 동일 침수상태라고 하여도 연월의 경과가 짧을 때에는 복수가능지라고 말하고, 그 연월이 길 때

에는 복수불가능지라고 부르는 것과 같다. 그러나 복구시행의 완급, 지속은 전적으로 소유자의 의사 및 실행 여하에 관계된 것이므로, 이로써 소유권포기의 의사를 추정하는 것은 별개로 하고 복구의 성부를 구별하여야 하는 표준으로 할 수 없음은 상고인의 다언이 필요 없는 바이다. 특히 원심에서 복구불능으로 인정된 본건 계쟁지는 1심 이래 기록에 있어서 명료한 것과 같이, 실제로 매립공사에 의하여 그 일부는 복구되고 다른 일부는 아직 복구공사가 진척 중에 속하는 바인데, 법원은 이 사실을 인정하면서도 전기와 같은 논단을 내릴 수 있음은 소위 자가당착에 빠진 것이다. 요컨대, 복구의 성부 또는 그 가망의 유무는 사권의 근본관념에 기하여 이익의 존부를 표준으로 하는 것임에도 불구하고, 원심에서는 이를 감별하여야 하는 이론을 그르치고 소유권 소멸의 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다.

살피건대, 상고인이 인용하는 1912년 6월 관통 제212호 및 1912년 세통 제857호에 관하여는 이미 상고이유 제3점에서 이를 설시하였다. 본 논지에 있어서 새로이 인용하는 1912년 11월 세통 제687호 및 결수련명부취급절차(본칙은 처음 1911년 12월 총독부 훈령 제92호로 정하여지고 그 후 1912년 3월 같은 부 훈령 제38호, 1913년 5월 같은 부 훈령 제31호, 같은 해 6월 같은 부 훈령 제36호로 점차 폐지되었다)에 관하여 거론하는 논지 또한 상기 통첩에 관한 논지와 동일하므로, 그 이유가 없음은 상고이유 제3점에서 설시한 바에 의하여 이를 이해하여야 한다. 그리고 토지가 최고만조시에 있어서 조수가 침입하는 구역으로 된 때에는, 해면이 되고 동시에 사인의 소유권의 객체로서의 적격을 상실한다. 단, 일시적인 변화는 그러하지 아니하다. 그리고 일시적 변화에 불과한지의 여부는 사실문제에 속함은 상고이유 제1점에서 설시한 것과 같다. 따라서 이 사실문제를 결정함에 있어서 원심이 “항소인 소유의 토지가 풍랑으로 유실되기에 이른 것은 1905, 6년의 일이고, 원래 수년간 계속하여 해조가 침입하게 된 곳으로서 이를 일시적인 현상이라고 말할 수 없다. 항소인의 사유토지가 전적으로 멸실한 시기에 관하여는 상기와 같이 적확하게 이를 인정하기가 어렵다고 하여도, 적어도 피항소 회사가 적법한 행정처분에 의하여 매립권을 얻은 당시에 있어서는 이미 전적으로 해면으로 변하고, 항소인의 소유권은

이로써 소멸하게 되었다고 인정하여야 한다"고 판시한 것은 그 직권의 행사임에 틀림없다. 따라서 상고인이 이를 부당하다고 하는 본 논지는 원심의 직권에 속하는 사실의 인정을 비난하는 것이고, 상고의 이유가 되지 아니한다.

추가상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결은 이유의 모두에서 "항소대리인의 주장사실에 의하면, 본건 계쟁의 제1 및 제3의 장소는 항소인이 이를 매수한 당시에 완전한 육지였지만, 풍랑으로 파괴되어 만조시 해수가 침입하게 되고, 제2의 장소는 매수 당시부터 해수가 들어오는 곳이지만, 매수 후 오늘에 이르기까지 계속하여 조세를 납부하고, 그 소유권을 보유하고 온 것이라고 하고…"로 설시하여, 당해 주장에 기하여 본건의 기본사실을 단정하고, 이에 대하여 수륙분계선은 만조시로서 그 표준을 정하여야 하므로 본건 계쟁토지는 이를 해면으로 보아야 하며, 따라서 항소인은 소유권을 갖지 아니한다고 판정하였다. 그러나 항소인은 제1심 이래 원심에 이르기까지 본건 계쟁의 토지(제1, 제2, 제3의 토지)는 현재 1년 중의 최고만조시에 한하여 해수가 들어오는 곳임을 주장한 것이고, 상시 만조시에 있어서 해수가 들어오는 곳이라는 주장을 하지 아니하였다. 오히려 항소인 주장의 반면에 있어서, 상시 만조시에 있어서는 해수가 들어오는 곳이 아님을 주장한 것이다. 이것은 원심 제1회 구술변론조서 중 "당사자 쌍방은 사실에 관하여는 제1심판결서의 적시의 사실과 동일한 취지의 진술을 하고" 운운의 기재 및 제1심판결서의 이유 중 "전략 피고의 항변에 대하여 피고 회사에 대한 매립허가는 최고만조시에 있어서의 조수침입구역을 포함한다고 하는 것은 상당하고, 본건 계쟁의 장소는 모두 최고만조시에 있어서의 침입구역임은 이를 인정할 수 있지만, 제1 및 제3 계쟁지는 원고가 매수한 당시에는 육지이므로 계속하여 토지의 소유권이 있음을 주장하고, 또한 제2 계쟁지는 처음부터 지금에 이르기까지 최고만조시에 있어서의 침입장소이므로 육지로서 소유권을 주장하기 어렵다고 할 수 있지만, 본소에서는 토지의 소유권을 주장하여 판단을 받으려고 하고, 해면매립권을 원인으로 하여 그 확인을 구하는 것이 아니라고 보강 진술하고" 운운의 기재에 의하여 실로 명백하다. 원래 본건 계쟁지의 토지가 평시의 만조시에 있

어서 해수가 들어오는 것인지의 여부는 원판결에서 가장 중요한 쟁점이라고 인정되고, 원판결이 이 중요사실을 판단함에 있어서 항소인이 인정하지 아니하는 사실을 마치 항소인이 이를 인정한 것과 같이 독단하여, 이 독단에 의하여 결정한 사실을 기본으로 하여 판단을 내린 것은 법률에 위배하고 부당하게 사실을 인정한 불법이 있다.

살피건대, 원판결에 만조시라고 되어 있는 것이 최고만조시를 말하는 것은 추가상고이유 제2점에 의하여 명백하다. 따라서 상고인이 이로써 평시의 만조시를 지시한 것과 같이 해석하고, 원판결을 비난하는 본 논지는 원판지에 부응하지 아니한다. 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제5점은 다음과 같다.

원판결은 이유 중 “전략 따라서 이 방면에서 고찰할 때에는, 국내법의 해석으로서 수륙의 분계는 보통의 관념과 조리에 비추어 만조시에 있어서의 분계선을 표준으로 하여야 하고…, 따라서 만조시에 있어서의 침수구역인 본건 계쟁 장소와 같은 것은 이를 해면이라고 말하여야 한다”고 설시하였다. 그러나 원판결의 소위 만조시는 1년 중에 있어서의 언제의 만조시를 지칭하는 것인지 그 의의를 이해할 수 없다. 왜냐하면, 해조는 계절에 의하여 또한 일시에 의하여 고저의 차이가 발생하는 것임은 현저한 현상이므로, “1년 중의 최고만조시”, “몇월 중의 최고만조시” 또는 “몇월 몇일의 만조시”라는 표시에 의하여 비로소 일정한 만조시에 있어서의 침수구역을 확정할 수 있지만, 만연히 ‘만조시’라는 표시에 의하여는 도저히 그 침수구역을 확정할 수 없기 때문이다. 그러한 즉 본건 계쟁토지를 만조시에 있어서의 침수구역 내에 속하는 것이라고 하고 이를 해면이라고 보려면, 우선 소위 만조시란 1년 중의 언제의 만조시를 지칭하는 것인지를 설시하여야 한다. 그런데 원판결은 이 점에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하고, 단지 ‘만조시’라는 의미불명의 문구를 사용함으로써 침수구역을 확정할 수 없게 된 것은 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 원판결에서 만조시라는 것이 최고만조시를 말하는 것임은 추가상고이유 제4점에서 설시하는 것과 같다. 따라서 상고인이 1년 중의 언제의 만조시인지를 설시하여야 한다는 본 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제6점은 다음과 같다.

원판결은 이유 중 “전략 풍랑홍수로 토지의 일부가 유실되어도 단지 일시적인 현상에 불과하여 이를 복구할 수 있는 경우에 있어서는, 그 소유권을 상실하지 아니한다 하여도, 그 상태가 영속하여 전적으로 지형이 변경되고 토지의 표면이 수중에 빠지게 된 때에는, 토지로서 그 존재를 인정할 수 없으므로 토지의 유실에 의하여 그 소유권은 소멸한 것이라고 말하여야 한다. 이를 본건의 경우에서 생각건대, 상기 증인 이학삼, 김영선 등의 진술과 같이 항소인 소유의 토지가 풍랑으로 유실되기에 이른 것은 1905, 6년경의 일로서, 그 후 수년간 계속하여 해조의 침입을 보기에 이른 것이고, 이를 일시적 현상이라고 말할 수 없음은 물론이므로 …, 본건과 같이 자연의 작용에 의하여 해면으로 변한 때에는 그 해면으로 변한 때에 토지소유권은 목적물의 멸실에 의하여 상실한 것이라고 말하여야 한다”고 설시하였다. 그러나 영구적 존재의 성질을 갖는 토지에 대하여 단지 겨우 수년간에 있어서의 해조침입의 한 가지로 영구복구의 전망이 없다고 간주하고, 목적물 멸실에 의하여 소유권상실이 초래된다고 단정하는 것과 같은 것은 보통의 관념과 조리에 배반하는 것일 뿐만 아니라, 계쟁토지가 수년간 해수침입의 상태에 있음은 필경 상고인이 스스로 아무런 복구공사를 하지 아니한 것이고, 물리상 절대로 복구할 수 없는 상태로 변경된 것이 아니다. 상고인은 원심에서 계쟁토지는 일종의 황성지(荒地成)라고 한 것으로서, 토지의 멸실이 초래된 것이 아니다. 용이하게 복구할 수 있는 상태라는 것을 증명하려고 계쟁토지의 검증을 신청하였는데(원심 1915년 4월 9일 구술변론조서 및 같은 일부 증거결정신청서 참조), 원심은 이를 배척하여 단지 계쟁토지가 수년간 해수침입의 상태에 있다는 이유만으로 계쟁토지가 전적으로 복구의 가망이 없는 상태로 변하였다고 억단(臆斷)한 것은, 상고인의 유일한 증거방법을 배척한 불법이 있을 뿐만 아니라, 증거에 의하지 아니하고 부당하게 사실을 확정한 불법이 있다.

살피건대, 본 논지 전단은 위에서 설시한 바에 의하여 그 이유가 없음을 이해하여야 하고, 또한 원심에서 상고인이 신청한 증인신문 및 검증은 계쟁지가 복구의 가능성이 있는지의 여부에 관한 유일한 증거방법이 아니므로, 원심이 이를 각하한 것은 원심의 직권에 속하는 증거조

사의 한도를 정한 것임에 틀림없다. 본 논지 후단 역시 이유가 없다.

추가상고이유 제7점은 다음과 같다.

원판결은 이유 중 “전략 국가가 토지의 소유권을 인정하는 것은, 토지로서 그 본래의 용법에 따라 계속하여 그 사용·수익을 얻으려는 것을 목적으로 하는 것이므로, 갯벌지와 같은 가령 간조시에 있어서는 그 표면이 수상으로 나와 일시적으로 토지로서 그 이용을 할 수 있지만, 그 본래의 용법에 따르는 것이 아니므로 보통의 관념에 있어서 이를 토지라 칭할 수 없다. 따라서 만조시에 있어서의 침수구역인 본건 계쟁 장소와 같은 것은 이를 해면이라고 말하여야 한다”라고 설명하였다. 그러나 보통 법이 개인의 소유권을 보호하는 이유는 어디까지나 물건에 대한 경제적 이익을 보호하는데 있으므로, 소유권의 존부는 경제적 이익의 존부 여하에 의하여 결정하여야 하고, 물건이 그 본래의 용법에 의한 성질을 계속 가지는지의 여부는 아무런 관계가 없다. 답이 전적으로 수리를 잃어 전으로 변하고 택지가 함락하여 수중으로 되는 일이 있어도, 이것은 단지 사용·수익의 방법이 변하고 경제적 이익의 가치가 증감되는 것에 그치는 것이고, 이로써 토지의 소유권에 아무런 변동을 미치지 아니하기 때문이다. 본건 계쟁토지는 원판결인정과 같이 만조시에 있어서 침수를 초래하는 것이라 하지만, 여기에 일정한 설비를 하면 어개(魚介)를 양육할 수 있고, 김 그 밖의 해초를 번식시킬 수도 있다. 따라서 사용·수익을 할 수 없기에 이르면 소유권상실의 결과가 발생한다고 하면, 가옥소실의 경우에 있어서 잔류하는 목편은 전적으로 무주물이 되는 것과 같은 기이한 현상이 발생하기에 이른다. 어떻게 그러한 이론이 있을 것인가. 나아가 이를 조선에서의 법규에 비추어도, 1912년 6월 관통 제212호 황지천해호성 토지의 지세면제 방법에 관한 통첩 제3항, 1912년 세(稅) 제857호 통첩에 의하면, 호해천에 연안지가 호해천성(湖海川成)의 토지로 변하여도 그 소유권을 상실하는 것이 아님을 인정한 것이고, 일본에서의 1877년 태정관포고 제8호 민유지처분규칙 제5조의 “천성해성호수 등의 황지로서 10년이 경과하여도 여전한 것은 부여한 권장(券狀)을 환납하고 토지의 명칭을 제거하며 전적으로 천해호지(즉 관유)가 되는 것으로 한다”라는 규정은, 조선에 행하여지지 아니하므로 조선에서는 10년 또는

20년의 연월이 경과하여 여전히 황지인 상태를 지속하여도 이로써 소유권을 상실하는 것이 아니다. 나아가 조선에서의 관습으로서 하천의 연안지가 강으로 무너져 수중에 잠기게 되고 후년 그 강락지에 니생지(泥生地)가 발생한 때에는, 강락지(江落地)의 소유자의 소유에 귀속된다. 이것은 필경 수중에 몰락한 강락지의 소유권을 인정한 결과이다. 하천에서의 강락지의 관습은 해중에서의 함락지에 적용하여야 함은 두말할 필요가 없는 바이다. 이상 말하는 것과 같이 소유권의 원리, 조선에서의 법규 및 관습에 의하여 본건 계쟁지는 상고인의 소유임은 명확하다. 그런데 원판결은 전적으로 이를 무시하고 단지 만조시의 침수구역이라는 한 가지만으로 소유권을 상실한 것으로 판단한 것은, 소유권에 관한 법칙에 위배되는 불법이 있다.

살피건대, 하천의 연안지가 수세로 함락하고 그 후 다시 동일한 장소에 니생지를 형성한 경우 또는 한쪽 변에 강락하고 반대 변에 니생한 경우에는, 함락지의 소유자였던 자가 새로이 발생한 토지의 소유권을 취득하는 관습이 있음은, 당원(1911년 7월 17일 판결 및 1915년 4월 23일 판결 참조)이 인정하는 바라고 하여도, 함락하여 수면으로 되고 아직 그 니생지를 형성하지 아니한 밑바닥이 여전히 구소유자의 소유라는 관습이 있음은 당원이 이를 인정하지 아니한다. 또한 위 관습은 해안의 장소에 관하여 같다고 하지만, 본건의 매립지는 피상고회사의 매립권에 의한 인위적 공사에 의한 것이라면, 니생지에 관한 상기 관습에 준거하여야 하는 경우에 해당하지 아니한다. 그 밖의 논지 역시 이유가 없음은 상고이유 제1점 내지 제3점, 추가상고이유 제2점, 제3점에서 설시한 바에 의하여 이를 이해하여야 한다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제452조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

82 강제집행이의사건에 관한 건
〔대정5년민상제85호 1916년 5월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 토지의 소유자의 권리를 확정하는 것이므로, 같은 령 제16조가 규정하는 재심의 신청에 의하여 변경되지 아니하는 한은, 그 사정명의자는 종래 소유권을 갖는지의 여부에 불구하고 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정된다.

[참 조] 사정으로 확정된 사항 또는 재결을 거친 사항에 관하여는, 다음의 경우에 사정이 확정되거나 재결이 있었던 날로부터 3년 내에 고등토지조사위원회에 재심의 신청을 할 수 있다. 단, 처벌받아야 할 행위에 관한 판결이 확정된 때에 한한다(토지조사령 제16조).

1. 공유자가 공유자 중의 1인으로 하여금 단독명의로 사정 또는 재결을 받게 한 때에는, 그 공유자는 위 사정명의자에 대하여는 공유권을 주장할 수 있지만, 제3자에 대하여 공유권을 주장할 수 없다.

【제 1 심】 공주지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김하경 외 12인
소송대리인 이기찬 복대리인 신우영
【피상고인】 지공훈

위 당사자 간의 강제집행이의사건에 관하여 1916년 3월 8일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인 등의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 “그리고 항소인 등의 본건 주장은, 본소 목적물인 부동산은 항소인[1] 및 김진학 등 일문 공유의 제전(祭田)으로서, 단지 문중의 협의로 김진학에게 관리를 맡기고 편의상 같은 사람 소유명의로 결수련명부에 등록한 것에 불과하다. 그런데 피항소인[2]이 이를 김진학의 단독소유로 하여 강제집행을 한 것은 타당하지 아니하다고 하는 것이고, 그 원용한 각 증인의 진술에 의하면 결수련명부상 본건 부동산은 소외 김진학의 소유명의로 등록되어 있지만, 그것은 항소인 등 및 위 김진학 간의 허위의 의사표시에 기한 것으로, 그 실질은 항소인 등 1문의 공유제전인 점 및 피항소인은 본건 집행 당시 위 사정을 잘 알고 있었던 점을 인정하기에 충분하지만, 성립에 다툼이 없는 을 제2, 제3호증에 의하면 본건 부동산은 토지조사령에 기하여 1912년 3월 14일 소외 김진학의 단독소유로 하여 사정되고 당해 사정이 확정된 사실은 명백하다. 그리고 사정의 확정은 사정 당시에 있어서의 사정명의인의 소유권을 절대적으로 확정하는 것이므로, 당해 사정이 변경되지 아니하는 한, 위 사정의 확정에 의하여 본건 부동산은 소외 김진학의 단독소유로 확정되고, 따라서 항소인 등은 관청 또는 제3자에 대하여 그 선의 악의를 묻지 아니하고 그 공유권을 주장할 수 없기에 이른 것이라고 논하여야 하므로, 항소인 등이 본건 부동산에 대하여 공유권을 주장하며 한 본소 집행이의의 소는 그 이유가 없고 배척되어야 한다” 라고 설명하여 상고인의 청구를 배척하였다. 그러나 토지조사령에 의한 사정이라는 것은 토지소유자의 권리를 상대적으로 확정하는 것으로, 절대적으로 확정하는 것은 아니라고 믿는다. 따라서 본건과 같이 공유자협의하에 공유의 토지를 공유자 1인의 단독소유인 것처럼 허위의 신고를 하고 이에 기하여 사정을 받은 때에는, 공유자 상호관계에 있어서는 여전히 공유의 관계가 존속되고, 따라서 그 사실을 알고 있는 제3자는 역시 그 공유관계를 부인할 수 없다고 말하여야 한다. 원

---

1) 상고인, 원고
2) 피상고인, 피고

판결 설명과 같이 만일 사정에 의하여 토지의 소유명의자로 된 자는 절대적으로 토지의 소유권을 취득하는 것이라고 한다면, 신탁행위에 의하여 토지의 소유명의를 취득한 것과 같이 위임사무를 처리하는 사이에 그 명의로 토지의 소유권을 취득한 자와 같은 경우에도, 그 소유권을 진정한 소유자에게 이전할 필요가 없는 것이 된다. 도대체 어째서 그와 같은 이치가 되는가. 요컨대, 원판결에서 본건의 토지는 상고인 등의 공유라는 사실, 허위의 의사표시에 의하여 소외인 김진학의 소유명의가 된 사실 및 피상고인은 그 정을 알고 있는 사실을 인정하면서, 토지조사령에 의하여 사정의 결과 본소의 토지는 김진학의 단독소유로 절대적으로 확정되었다고 인정하고 상고인의 청구를 배척한 것은, 법률의 해석을 그르친 위법이 있다.

살피건대, 1912년 8월 제령 제2호 토지조사령 제15조에는, 토지소유자의 권리는 사정 또는 재결에 의하여 확정되어야 하는 취지의 규정이 있고, 사정 또는 재결은 토지의 소유권을 확정하는 하나의 행정처분임은 의문이 없으므로, 일단 소유자로서 사정을 받아 그 사정이 확정되거나 재결을 거친 때에는 같은 조사령 제16조의 재심의 신청에 의하여 그 변경이 없는 한, 당해 사정명의자가 종래 소유권을 갖는지의 여부에 불구하고 절대적으로 그 소유자로 확정되므로, 가령 달리 진정한 소유자가 있어도 사정명의자가 되지 아니한 경우에는, 이와 같은 소유자는 제3자에 대하여 그 권리를 주장할 수 없고, 또한 종래 공유토지를 공유자전원협의하에 공유자의 1인으로 하여금 단독명의로 사정 또는 재결을 받게 한 것과 같은 경우에는, 원래 그 공유자 간에 있어서는 사정명의자가 아닌 공유자는 사정명의자에 대하여 당해 계약에 기하여 공유권을 주장할 수 있다고 하여도, 제3자에 대한 관계에 있어서는 토지의 소유권은 절대적으로 그 사정명의자 단독의 소유로 확정되고, 그 명의자가 되지 아니한 공유자는 제3자의 악의의 여부를 묻지 아니하고 이에 대하여 그 공유권을 주장할 수 없게 된다. 그리고 상기 토지조사령 부칙에는 같은 령 시행 전의 규정에 의하여 한 처분, 절차 그 밖의 행위는 같은 조사령에 의하여 한 것으로 본다는 취지의 규정이 있고, 융희 4년(1910년) 8월 23일 법률 제7호 토지조사법에 의하여 사정을 받았다고 하여도, 같은 토지조사령에 의하여 사정을 받은

것이라고 보아야 하므로, 그 사정의 결과는 토지조사령에 의하여 사정을 받은 것과 조금도 다르지 아니함은 의문의 여지가 없다. 따라서 본건에 관하여 본다면 상고인의 본소 청구의 원인은, 피상고인은 소외 김진학에 대한 채무명의에 기하여 본건 부동산을 그 단독소유로 하여 강제집행에 착수하였지만, 같은 부동산은 상고인 등 1문 공유의 제전으로서 문중 협의하에 문중의 1인인 김진학에게 관리를 맡기고 결수련명부상의 소유명의를 같은 사람으로 이동시킨 것에 불과하므로, 피상고인이 김진학 1인의 소유로 하여 강제집행을 한 것은 타당하지 않다고 하는 것임은, 원판결 및 원판결이 인용하는 제1심판결의 사실적시에 비추어 명백하다. 또한 본건 부동산이 종래 상고인 등의 일문의 공유에 해당하고 결수련명부에 김진학 1인의 명의로 등록되어 있는 것은, 확정된 상고인 등 및 김진학의 허위의 의사표시에 기한 것으로서 피상고인이 위 사정을 잘 알고 있었던 사실도 원판결이 확정하는 바라고 하여도, 같은 판결은 동시에 본건 부동산이 토지조사령{1912년 3월 14일 당시에는 융희 4년(1910년) 8월 23일 법률 제7호 토지조사법이 시행되고 토지조사령은 아직 그 시행되지 아니하였으므로, 토지조사령이라는 것은 토지조사법의 오기라고 인정한다}에 기하여 1912년 3월 14일 소외 김진학의 단독소유로 사정되고, 그 사정이 확정된 사실을 인정함으로써 같은 부동산은 공유자 이외의 제3자에 대한 관계에서는 김진학의 단독소유로 확정되는 것이고, 가령 전술과 같이 피상고인이 본건 계쟁부동산이 결수련명부상 김진학의 단독명의로 등록되기에 이른 사정을 잘 알고 있었다고 하여도, 사정명의자가 아닌 상고인 등은 피상고인에 대하여 그 권리를 주장할 수 없음은 모두에서 설명한 바에 의하여 명백하다. 따라서 원판결이 같은 취지의 이유에 의하여 본건 상고인 등의 청구를 배척한 것은 상당하고 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

83 약속어음금 청구사건에 관한 건
〔대정5년민상제62호 1916년 5월 19일 판결〕

【판결요지】

1. 상법 제487조 제1항이 규정하는 지급을 구하기 위한 어음제시 기간은 동시에 지급거절증서작성의 기간이고, 그 기간은 만기일 및 그 후 2일로서 합계 3일이다. 그리고 휴일은 이를 산입하지 아니하므로 휴일의 일수에 응하여 위 3일의 기간은 신장(伸長)된다.

[참 조] 소지인이 전조의 청구를 하려고 할 때에는, 만기일 또는 그 후 2일 내에 지급을 구하기 위하여 환어음을 지급인에게 제시하고, 만일 어음금액의 지급이 없을 때에는 동일 기간 내에 지급거절증서를 작성하여야 한다. 단, 이 기간에는 휴일을 산입하지 아니한다(상법 제417조).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 남인삼랑(楠仁三郞, 쿠스노끼)
소송대리인 용본이(瀧本理, 다키모또)
【피상고인】 정상인길(井上寅吉, 이노우에)

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1916년 2월 7일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 법률의 해석을 그르친 불법이 있다. 원판결은 상법 제487조 제1항 말단 단서의 소위 “이 기간”의 문자를 넓게 해석하여, 만기일 및 그 후의 2일을 지칭하는 것으로 하였다. 그러나 상고인이 생각건대 기일과 기간이란 전적으로 구별하여야 하는 것으로서 상법 제487조 제1항 단서에서 기간이라고 하지만, 이것은 같은 조의 ‘그 후 2일’이라는 것을 가리키는 것이고, 만기일을 포함하여 지칭하는 것이 아니다. 따라서 본건과 같은 만기일이 일요일인 경우에 있어서는, 만기일 후의 2일 기간 내에 일요일이 있는 경우와 동일하게 해석하여서는 아니된다. 그렇다면 원판결은 이를 동일하게 해석한 불법이 있다.

살피건대, 상법 제487조 제1항에는, 소지인이 전조의 청구를 하려고 할 때에는 만기일 또는 그 후의 2일 내에 지급을 구하기 위하여 환어음을 지급인에게 제시하고, 만일 어음금액의 지급이 없을 때에는 동일 기간 내에 지급거절증서를 작성하여야 한다, 단, 이 기간에는 휴일을 산입하지 아니한다고 되어 있는바, 당해 규정은 지급을 위한 어음의 제시기간은 동시에 거절증서작성기간임을 명확히 한 것이고, 그 기간은 어음의 만기일 및 그 후의 2일을 더한 합계 3일의 기일임은 같은 조 본문에 의하여 명백하다. 그리고 같은 조 단서에 이 기간이라는 것은 이 역시 상기 3일의 거절증서작성기간을 가리키고, 만기일을 제외한 그 후의 2일간을 가리키는 것이 아님은 의문이 없으므로, 그 3일의 기간 내에 휴일이 있을 때에는 그 만기일에 해당하거나 그 후의 2일에 해당하는지를 묻지 아니하고, 휴일은 이를 기간에 산입하지 아니한다. 따라서 거절증서작성의 기간은 그 휴일의 일수에 응하여 신장되어야 하는 것으로서, 같은 제487조는 같은 제529조에 의하여 약속어음에 준용되므로, 원판결 인정과 같이 본건 약속어음의 만기일이 1915년 5월 30일로서 일요일에 해당하는 이상은, 같은 날은 이를 거절증서작성기간에 산입하지 아니한다. 따라서 그 다음날인 같은 31일로부터 6월 2일에 이르기까지를 그 기간으로 하여야 하므로, 원판결이 피상고인이 같은 6월 2일에 본건 약속어음의 거절증서를 작성하게 한 것은 적법하다는 취지로 판시한 것은 상당하고, 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

84 토지소유권확인 및 증명말소청구에 관한 건 〔대정5년민항제2호 1916년 5월 20일 판결〕

【판결요지】

1. 판결이 당사자의 신청과 부합할 때에는 그 신청에 오류가 있어도 판결을 경정할 수 없다.

【원 심】 대구복심법원
【항고인】 서돈순
【상대방】 이순향

위 당사자 간의 대구복심법원 대정4년민항제21호 토지소유권확인 및 증명말소 청구사건에 관하여 상대방으로부터 신청된 판결오류경정신청에 대하여 1916년 5월 2일 대구복심법원이 내린 판정에 대하여 항고인으로부터 항고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 결정한다.

【주 문】

원결정을 폐기한다.
본건 판결오류경정의 신청은 이를 각하한다.
항고에 관한 비용은 상대방 이순향의 부담으로 한다.

【이 유】

항고의 이유는 다음과 같다.

판결을 경정하여야 하는 것은, 법원이 당사자의 청구를 인용하는 경우에 법원이 과실로 그 청구에 위반하여, 판결 중의 위산, 오기 및 이에 유사한 오류가 있으면 이를 민사소송법 제241조 제1항의 규정에

의하여 경정하여야 하지만, 당사자의 청구대로 판결을 한 것은 이를 오류라고 말할 수 없다. 왜냐하면, 당사자가 조도미(早稻米) 500석의 인도를 청구하였는데 판결은 만도미(晩稻米) 50석을 인도하라고 한다면, 이것은 당연히 직권 또는 신청에 의하여 경정되지만, 만일 당사자가 조도미 500석의 인도를 청구하여야 하는 것을 착오로 만도미 50석의 인도를 청구하여, 법원이 그 청구대로 판결을 한 때에는 당사자는 나아가 조도미 500석의 인도청구를 하는 것은 별개로 하고, 위 판결을 오류라고 말할 수 없기 때문이다. 그런데 본건은 항소인 이순향이 제1심 이래 소유권보존증명말소를 청구한 것으로 소유권보존등기말소를 청구한 것이 아님은, 그 일정한 신청에 비추어 명백하다. 따라서 법원이 그 청구대로 소유권보존증명말소절차를 이행하여야 한다는 판결을 선고한 것이라면, 이것은 아무런 오류도 아니고 타당한 판결이라고 말하여야 한다. 만일 같은 법원이 이순향이 증명말소를 청구하였음에도 불구하고, 등기말소의 판결을 하였다면 이것이 오히려 오류의 판결이라고 말하여야 한다. 그렇다면 상기 경정결정은 법칙을 부당하게 적용한 것이므로, 민사소송법 제241조 제3항의 규정에 의하여 이에 항고를 하게 된 것이다.

살피건대, 민사소송법 제241조에 의하여 판결을 경정하는 것은 판결 중의 위산, 오기 또는 이에 유사한 현저한 오류가 있는 경우에 한정됨은 다언할 필요가 없는 바이다. 그리고 판결주문에 기재하는 목적물이 당사자의 신청에 부합하는 경우에는, 가령 그 신청이 당사자의 오류에 의한 것이라고 하여도, 판결에는 아무런 오류가 없으므로 경정을 하여야 하는 것이 아니다. 본건 원심의 대정4년민항제21호 토지소유권확인 및 증명말소절차 청구사건의 기록을 보건대, 항소장 중의 일정한 신청에는 경상북도대구부금정 2정목(丁目) 48번지 106 답 1180평, 같은 부 칠성정 350번지 288 답 3379평, 같은 부 봉산정 195번지 190 전 797평 외 수 필에 대하여 항소인에게 소유권이 있음을 확인하고, 또한 피항소인이 한 소유권보존증명의 말소절차를 이행하라고 되어 있다. 또한 경정신청인이 당시 항소인으로서 그와 같은 신청을 한 것은 원심구술변론조서에 의하여 명백하다. 원심은 그 신청과 같이 판결한 것이므로 당해 판결에는 아무런 오류가 없다. 따라서 오류가 있다고 하여 그 경

정을 할 수 있는 것이 아니다. 그런데 원심이 당해 판결에 오류가 있다고 하여 상대방이 한 신청을 허용함으로써 당해 판결을 경정한 것은, 항고논지와 같이 타당하지 아니함을 면할 수 없다.

이상의 이유에 기하여 민사소송법 제464조에 따라 주문과 같이 재판한다.

고등법원 민사부

85 신인금(信認金)반환 및 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제35호 1916년 5월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 주식회사 설립비용으로서 발기인이 타인으로부터 차입한 금전에 관하여는, 창립총회에서 승낙을 하지 아니한 때에는 발기인의 부담이 되고, 회사는 그 책임을 지지 아니한다(상고이유 제13점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 비전(肥前, 히젠)전기철도 주식회사
법정대리인 사장이사 고취이호(高取伊好, 타까도리)
소송대리인 석교유길(石橋友吉, 이시바시) 외 1인
【피상고인】 전촌정차랑(田村禎次郎, 타무라)
소송대리인 좌좌목청강(佐佐木清綱, 사사끼)

위 당사자 간의 신인금반환 및 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 10월 19일 대구복심법원에서 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 “그 밖의 항소인의 청구는 이를 기각한다”라는 부분을 제외한 나머지는 이를 파기하고, 본건을 경성복심법원으로 이송한다.

【이 유】

상고이유 제7점은 다음과 같다.

제1심에서 상고인은 “갑 제3, 4, 5호증은 상대방과 통모하여 한 허위의 의사표시로서 무효이다”라는 방어 방법을 제출하였다. 그리고 이 방어 방법을 제2심에서도 인용하였음은 원판결 적시에서 명료하다. 그런데 원심은 이 쟁점에 관하여 판단을 내리지 아니한 불법이 있다. 하기는 원판결은 약원(若元, 와까모토) 이사의 법정대리권에 제한이 가하여져 있음을 피상고인이 알고 있었는지의 여부에 관하여 그 제한을 몰랐던 선의의 계약자라고 판단하였다. 그러나 단지 대표권에 제한을 가한 사실을 상대방이 알고 있다는 사실 하나만이 상기 방어 방법의 전부가 아니다. 다시 제1심에서 1913년 2월 20일 당시 피고였던 상고인이 제출한 준비서면을 보면, 그 상대방과 통모하여 한 허위의 의사표시라는 이유로서 갑으로부터 무에 이르는 5개의 사실을 설명하고 있다. 이를 약기한다면, (갑) 원래 갑 제1호증에 의하면 회사의 제1기선 공사를 수의계약으로 창립위원으로부터 원고 등에게 도급시킨 사항을 창립위원에게 승인시킨 것은 주요한 약관으로 되어 있고, 따라서 원고 등은 위 승인이 있는지의 여부에 관하여 당연히 주의를 하여야 할 책임이 있으며 또한 이를 알아야 하는 지위에 있는데, 갑 제3호증의 모두에는 “1910년 11월 21일부로 귀하와 가계약각서를 교환하였고, 지금 회사가 성립하였으므로 …”으로 되어 있고, “회사의 승인을 얻은 것에 관하여 …”이라는 것은 기재되어 있지 아니하다. 이것은 필경 회사의 승인이 없음을 당사자 쌍방이 알면서 회사에 계약의 책임을 전가시키려는 통모에 의한 허위의 의사표시이다. (을) 또한 갑 제4호증에 의하면, 금 5,000원을 회사에 신인금으로서 예탁한 취지의 기재가 있지만, 그러한 성질의 금원을 받아들인 사실이 없음은 증인 부전(富田, 토미타) 및 약원(若元)의 진술로 명백할 뿐만 아니라, 원고의 주장 자체에 비추어도 역시 명백하다. 같은 호증의 기재에 차용금을 신인금으로 변경하고 운운으로 되어 있는 것도 위 차용금이 회사가 부담하

여야 하는 것이 아니라는 점에 관하여는 전항(그 준비서면의 제1항을 가리킨다)에 설명하는 바와 같다. 과연 그렇다면 회사는 아무런 원인 없이 예탁금 5,000원의 채무를 부담하는 셈이 되고, 당사자 쌍방 모두 이 사유가 명백하다는 것을 알면서 그러한 계약을 한 것은 당사자 서로 통모하여 한 허위의 의사표시라 할 것이다. (병) 또한 약원(若元)의 증언 중에 "전촌(田村, 타무라), 제등(齊藤, 사이토)의 양인은 갑호증의 계약에 관하여 누누이 회사의 사장에게 승인시켜 계약을 한층 확실한 것으로 하고 싶다는 취지로 요구하여 나는 제등(齊藤)과 함께 동경에 가서 사장 암곡송평(岩谷松平, 이와타니)에게 승인하게 하려고 하였지만 같은 사람은 이를 승인하지 아니한 취지" 및 "갑 제3호증 이하는 모두 창립비용에 기한 계약이므로 사장이 승인하는 것은 당연함에도, 같은 사람은 이를 받아들이지 아니하므로 어쩔 수 없이 상무이사인 내가 조정[1]한 취지"의 기재가 있다. 또한 증인 웅곡(熊谷, 쿠마가이)의 진술 중에도 이와 같은 취지의 기재가 있으므로, 갑 제3호증 이하의 증서는 성립 이전에 있어서 소외 약원(若元) 및 원고 등이 피고 회사 사장에 대하여 누누이 승인을 구하였지만 거절된 사실이 있음은 명백하다. 이것은 원고가 처음부터 약원(若元)의 행위가 회사의 진의를 대표하는 것이 아님을 알고, 또한 당사자가 당초부터 계약의 공사를 이행할 의사가 없이 체결한 허위의 의사표시이다. (정) 또한 그러한 중대한 계약(도급금액 38만여 원)은 그 이해관계가 크고 대부분 회사 및 원고 등의 존망에 관계된 것이므로 모름지기 그 증서에 회사인을 날인하고 또한 업무소에서 작성되어야 함에도, 각 증서에 하나도 회사인의 날인이 없고 회사 이외의 장소에서 작성된 것임은, 증인 부전(富田) 및 웅곡(熊谷)의 진술에 의하여 명백하듯, 원고 등은 약원(若元)이 그 회사의 진의를 대표하는 것이 아님을 알고, 또한 약원(若元)은 원고 등이 계약공사를 이행할 진의가 없음은 알며 서로 통모하여 한 허위의 의사표시이다. (무) 생략한다. 위 (갑), (을), (병), (정) 4개의 사유는 모두 갑 제3 내지 5호증이 통모에 의한 허위의 의사표시인 이유

1) 원문에는 '조제(調製)'라고 기재되어 있으나 이는 전후문맥에 비추어 볼 때 '조정(調整)'의 오기인 것 같다. 참고로 조정(調整)과 조제(調製)는 일본어로는 모두 'ちょうせい'로 읽혀 그 발음이 같다.

의 설명으로 유력한 쟁점이 된다. 그런데 원심이 이 점에 관하여 아무런 설명도 없음은 쟁점을 유탈한 불법이 있다.

살피건대, 상고인이 원심에서 논지 기재와 같이 갑 제3 내지 5호증은 약원구지진(若元龜之進)과 피상고인 등이 통모하여 한 허위의 의사표시이므로 무효라는 항변을 다른 수개의 항변과 함께 제출하였음은 원판결이 인용하는 제1심판결의 사실적시와 상고인이 제1심에 제출한 준비서면 및 원심구술변론조서에 비추어 명백하다. 따라서 위 갑호 각증의 계약이 상고인 항변과 같이 과연 계약당사자 사이에 통모하여 한 허위의 의사표시인지의 여부를 판단하여야 한다. 만일 통모로 한 허위의 의사표시라고 한다면 당해 계약은 전적으로 무효가 되므로 상고인의 항변은 그 이유가 있게 되기 때문이다. 원판결을 본다면, 그 이유의 모두에서 "피항소 회사(상고인)의 설립 발기인인 약원구지진(若元龜之進), 희야통소(嬉野通韶, 요시노)의 양명이 그 창립위원이 되고 (중략) 피항소 회사의 성립 후 1911년 3월 7일 항소인(피상고인) 및 제등직태랑(齊藤直太郎)이 감사인 희야통소(嬉野通韶)의 입회하에 이사 약원구지진(若元龜之進)과 항소인 주장과 같은 취지의 공사도급 수의계약을 체결한 다음, 같은 달 10일에 이르러 앞서 창립비용으로서 대여한 상기 5,000원을 위 도급계약의 신인금으로 바꾸어 피항소 회사에 차입한다는 취지의 계약을 체결하였으며, 그 후 같은 해 7월 2일에 다시 이사 약원구지진(若元龜之進)과 항소인 주장과 같은 취지의 과태(過怠)약관을 붙인 추가계약을 체결하였음은, 원심 증인 약원구지진(若元龜之進), 희야통소(嬉野通韶)의 진술 및 동인 등의 진술에 의하여 진정하게 성립된 것으로 인정할 수 있는 갑 제1 내지 5호증의 각 증서에 기재된 문구에 비추어 이를 인정할 수 있다"고 설시하고 있다. 그러나 증서 그 자체의 성립이 진정이라고 판단한 것만으로는 아직 계약 당사자가 통모하여 한 허위의 의사표시인지의 여부를 판단한 것이라고 말할 수 없다. 왜냐하면, 증서 그 자체의 진정 성립이 인정된다 하더라도 그 증서에 기재된 사항이 반드시 당사자가 통모하여 한 허위의 의사표시가 아니라고 단언할 수 없기 때문이다. 그런데 원심은 상고인으로부터 제출된 다른 항변에 관한 쟁점에 관하여는 하나하나 설시하면서도 논지 기재의 갑 제3 내지 5호증이 계약 당사자가 통모

하여 한 허위의 의사표시라는 항변에 대하여는 아무런 판단을 하지 아니하였다. 그리고 위 갑 제3 내지 5호증은 본소 청구의 기본이 되는 것으로 위 증거 기재의 계약이 상고인 항변과 같이 당사자가 통모하여 한 허위의 의사표시라고 한다면 당해 계약은 무효가 되고 피상고인의 본소 청구는 전적으로 부당하게 되는 것이므로 위 항변은 본소에서의 중요한 쟁점임에도 불구하고 원심은 이를 간과하여 아무런 판단을 하지 아니하였는바, 이는 소론과 같이 위법하므로 상고는 이유가 있고 원판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

상고이유 제13점은 다음과 같다.

원판결은 상고 회사가 신인금을 반환하여야 할 이유로서, “갑 제4호증의 신인금 5,000원은 피항소 회사가 현실로 이를 수령한 것이 아니고, 창립위원 약원구지진(若元龜之進), 희야통소(嬉野通韶)가 피항소 회사의 창립비용으로서 차입한 것을 피항소 회사 성립 후에 이르러 이사 약원구지진(若元龜之進)이 이를 신인금으로 변경하여 항소인 및 제등직태랑(齊藤直太郎)의 양명으로부터 이를 예탁 받은 것으로 하고, 공사 준공 후에는 이를 양인에게 반환하기로 하는 취지의 계약을 한 사실은 위 갑 제4호증의 기재에 의하여 인정할 수 있다. 창립위원이 회사 창립의 비용으로서 차입한 금원을 이사가 회사 성립 후에 회사의 부담으로 돌리는 계약을 하는 것은 온당하지 아니한 결점이 있지만, 피항소 대리인이 논하는 것과 같이 공공의 질서에 반하는 것은 아니므로, 그 계약은 본래 유효하고 피항소 회사는 그 계약상의 책임을 지지 않으면 안 된다”라고 판시하였다. 그러나 회사의 발기인이 자기의 발기 중에 차입한 금원에 관하여 창립총회의 승인을 거치지 아니하였음에도 불구하고, 회사 성립 후에 이르러 자기가 이사가 된 것을 기화로 이를 회사의 부담으로 돌리는 계약을 하는 것과 같은 것은 이사가 회사의 영업에 관한 행위를 한 것이 아니므로, 이사가 상법 제170조, 제62조에 의하여 회사를 대표하여 할 수 있는 행위가 아니다. 따라서 그러한 행위가 회사에 대하여 무효임은 다언을 요하지 아니한다. 또한 발기인이 회사의 설립 중에 부담한 채무가 창립총회의 승인을 얻어야만 비로소 회사의 부담이 되는 법칙은, 창립총회로 하여금 그러한 채무의 부담이 회사 설립을 위하여 필요한 것인지의 여부를

인정하도록 하는 것이므로, 만일 창립총회의 승인을 거치지 아니한 채무도 회사의 부담으로 돌릴 수 있다면 법률이 창립총회의 승인을 필요로 하게 한 규정 취지가 전적으로 무의미하게 된다. 따라서 회사의 이사가 회사의 설립 중에 발기인이 부담한 채무로서 창립총회의 승인을 거치지 아니한 것을 회사가 부담하는 취지의 계약을 하는 것은 하나의 탈법행위로서 그 불법인 점은 매우 명백한 조리임에도, 원심이 이를 유효한 계약이라고 판시한 것은 역시 법칙에 위배되는 불법한 재판임을 면할 수 없다.

살피건대, 주식회사 설립 이전에 발기인은 회사 설립의 비용으로서 타인으로부터 금전을 차입하여 이를 사용한 것에 관하여는 창립총회에 이를 보고하고 같은 회의 승인을 거쳐야 한다. 그 창립총회에 보고하지 아니한 것, 또는 보고하여도 같은 회에서 부당하다고 하여 승인을 하지 아니한 것은 이를 차입하여 사용한 발기인의 부담이 되는 것이고, 회사가 그 책임을 지지 아니함은 상법 제122조, 제134조, 제135조 등의 규정에 비추어 명백하다. 생각건대, 창립총회에 회사설립 이전에 사용된 비용의 당부를 조사하고 인부를 할 권한을 부여한 것은, 발기인 등이 부정한 이익을 얻거나 또는 무용한 비용을 지출하지 아니하게 함으로써 이를 방지하고 회사의 이익을 보호하려는 취지에 틀림없다. 따라서 창립총회에 보고하지 아니한 또는 보고하여도 승인 받지 못하였기 때문에 발기인 개인의 부담이 된 채무를 회사 성립 후에 이르러 당해 발기인이 회사의 이사가 된 것을 이용하여 위 채무를 직접 회사의 채무로 바꾸는 것과 같은 것은 법률이 창립총회의 승인을 필요로 하게 한 입법의 정신을 몰각하는 것이므로, 이와 같은 행위는 탈법행위라고 하지 않을 수 없다. 따라서 창립총회에 보고하지 아니한 또는 보고하여도 같은 회의 승인을 얻지 못하여 발기인의 부담이 된 채무를 곧바로 회사의 채무로 할 수 없다. 발기인으로부터 채권자에 대하여 변제 그 밖의 방법에 의하여 일단 그 채무를 소멸시키고, 그런 후에 회사와 채권자 사이에 계약을 체결하는 것이 아니라면, 이를 유효라고 할 수 없다. 원판결에 의하면 1910년 11월 21일 상고 회사 창립위원 약원구지진(若元龜之進), 희야통소(嬉野通韶)의 양명은 피상고인 및 제등직태랑(齋藤直太郞) 양명과 회사 창립 비용의 대차계약을

하고, 같은 날 금 4,000원, 같은 해 12월 31일 금 1,000원, 합계 금 5,000원을 차용하였지만 1911년 2월 18일의 상고 회사 창립총회에는 이를 보고하지 아니하였고, 따라서 같은 회의 승인을 얻은 사실이 없다. 그 후 상고 회사가 성립하고 약원구지진(若元龜之進)이 상고 회사의 이사가 된 것을 이용하여 자신의 부담이 된 피상고인으로부터 차입한 금 5,000원의 채무를 상고 회사와 피상고인 등과의 사이의 토목공사도급 수의계약의 신인금으로 변경하고, 상고 회사에서 예탁받았다는 취지의 갑 제4호증을 피상고인 등에게 교부한 사실을 확정한 것만으로, 여하한 절차에 의하여 또한 여하한 법률관계에 기하여 약원구지진(若元龜之進) 등의 개인 채무가 상고 회사에 대한 신인금으로 변경되었는지의 점에 관하여 아무런 설시하는 바가 없음에도 불구하고, 만연히 당해 계약은 유효하다는 취지로 판시하였다. 그러나 상기 금 5,000원은 상고 회사의 창립총회에서 승인을 받지 아니하여 발기인인 약원구지진(若元龜之進) 등의 부담에 된 채무임에도 아무런 절차를 거치지 아니하고 바로 상고 회사가 예탁받은 돈으로써 신인금으로 바꾸고 이를 상고 회사의 부담으로 돌린 것은 이상의 설명과 같이 탈법행위에 다름 아니므로 그 불법성은 두말할 나위가 없다. 만일 약원구지진(若元龜之進) 등이 일단 피상고인 등에 대하여 그 채무를 변제하고 나아가 이를 상고 회사에 제출하게 하여 신인금으로 한 사실이라고 하면 이를 유효라고 하여 논할 수 있겠으나, 원심은 이러한 사실을 명확히 하지 아니하고 만연히 위 계약이 공공의 질서에 반하는 것이 아니어서 원래 유효하고 상고 회사는 그 계약상의 책임을 져야 한다고 설시함으로써 피상고인의 청구를 인용하였는바, 이는 위법이므로 원판결은 이 점에 관하여 파기를 면할 수 없다.

이상의 이유에 의하여 원판결 전부를 파기하기에 충분하므로 다른 논지에 대한 설명을 생략하고 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

86 입목소유권확인 및 산고개(山坂)인도청구에 관한 건 〔대정5년민상제99호 1916년 5월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 삼림령 제29조에 의하여 국유삼림에 관하여 대부를 한 것으로 간주되는 경우라고 하여도, 특히 그 삼림의 양여를 받은 것이 아니라면 소유권을 취득한 것이 아니다.

[참 조] 본령 시행 전 여러 해(永年) 금양(禁養)한 국유삼림은 제7조의 대부를 한 것으로 본다(삼림령 제29조).

【제 1 심】 함흥지방법원 원산지청

【제 2 심】 경성복심법원

【상고인】 한응회
소송대리인 홍우철

【피상고인】 유응렬

위 당사자 간 입목소유권확인 및 산고개 인도 청구사건에 관하여 1916년 3월 29일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

여러 해 국유림을 금양한 자는 조림을 위하여 그 대부를 받은 것으로 보는 것은 삼림령 제29조, 제7조에 의하여 명백하므로, 상고인(갑)은 당해 목적으로 위 산고개에 대하여 국가로부터 대부를 받은 것으로 보아야 한다. 따라서 그 입목은 상고인(갑)의 소유에 속하는 것임

과 동시에, 피상고인(을)은 상고인(갑)에 대하여 당해 산고개를 인도하여야 할 의무가 있음에도, 전심에서 이 법칙을 적용하지 아니하고 만연히 상고인의 청구를 기각한 것은 불법이다.

살피건대, 삼림령 제29조에 "본령 시행 전 여러 해 금양한 국유삼림은 제7조의 대부를 한 것으로 본다"라고 되어 있고, 같은 령 제7조에는 "조선총독은 조림하기 위하여 국유삼림의 대부를 받은 자에 대하여 그 사업이 성공한 경우 특별히 그 삼림을 양여할 수 있다"라고 하므로, 같은 령 시행일 즉 1911년 9월 1일 이전에 만일 상고인이 여러 해 국유삼림을 금양한 일이 있다면 같은 령 시행과 동시에 그 대부를 받은 자로 보지만, 특별히 당해 삼림의 양여를 받지 아니하면 이에 대하여 소유권을 취득하지는 아니한다. 원판결의 적시에 의하면, 본건 상고인의 주장은 상고인 6대조 즉 200년 이래 상고인 집안이 계쟁 산고개를 소유하고 당해 지상의 입목을 여러 해 금양하여 온 바, 상고인이 구 삼림법에 의한 지적보고를 태만히 한 결과 모두 국고로 귀속되었다 하더라도 그 후 삼림령의 시행에 의하여 대부를 받은 것으로 간주됨으로써 당연히 상고인의 소유로 복귀된다는 취지이나, 설사 그 주장과 같이 대부를 받은 것으로 간주되더라도 상고인이 그 당연한 결과로서 그 소유권을 취득하여야 할 이유가 없음은 상기 설시와 같으므로 원심이 그 이유와 같이 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고 본 논지는 이유가 없다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

87 손해배상 청구사건에 관한 건
〔대정5년민상제41 내지 46호 1916년 5월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 소유권이 있다고 믿고 타인의 강제집행에 대하여 이의의 소를 제기하여 집행을 지연시켰으나 그 제소자가 소유권을 갖지 아니한다는 이유로 패소한 경우 소유권이 있다고 믿은 데에 상당한 이유가 있음을 증명하지 못하는 한, 과실이 있다고 인정하는 것이 상당하다.

【제 1 심】 부산지방법원 밀양지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김은용
소송대리인 장도 외 1인
【피상고인】 박영하 외 5인

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1915년 11월 29일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
원판결 중 피상고인 등에게 소송비용의 부담을 명한 부분을 제외한 나머지 부분을 파기하고 본건을 경성복심법원으로 이송한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결 중 "(전략) 위 항소인[1] 등의 각 행위가 과연 피항소인[2] 주장과 같이 피항소인의 소외 박해철에 대한 채권실행을 방해할 고의로 한 행위인지에 관하여 판단건대, 민법상 불법행위를 구성하려면 객관적 행위가 존재하는 이외에 주관적으로 그 행위가 고의 또는 과실에 기한 것임을 요하므로, 어떤 행위가 사회일반의 관념상 항상 고의 또는 과실을 포함한다고 인정할 수 있는 특종의 경우를 제외하고는, 그 고의 또는 과실의 존재는 제소자(손해배상을 요구하는 자)에게 입증책임

1) 피상고인, 피고
2) 상고인, 원고

이 있다. 그리고 민사소송은 권리의 침해 또는 위급에 대하여 그 구제를 요구할 권리실행의 행위에 틀림없으므로 소송행위가 항상 상대방의 권리를 침해할 고의 또는 과실이 있다고 추정되는 것이 아님은 물론이고, 소송에서 패소한 이유로 항상 바로 고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리를 침해하였다고 말할 수도 없다. 그 고의 또는 과실은 패소의 사실 이외에 그 증명이 존재함을 요한다"라고 판정하였다. 그러나 민법상 불법행위의 구성에 객관적 행위의 존재 이외에 주관적으로 그 행위가 고의 또는 과실에 기한 것임을 요하고, 또한 소송행위가 항상 상대방의 권리를 침해할 고의 또는 과실이 있다고 추정되는 것이 아님은 물론이지만, 피상고인 등은 소외 박해철을 위하여 원래 자신 등의 소유가 아닌 토지에 관하여 각자 소유권을 주장하여 집행이의의 소송을 제기한 결과, 모두 피상고인 등의 패소가 됨으로써 상고인의 채권실행을 방해하여 손해를 발생시킨 사실이 명백하고 한 점의 의문도 없다. 따라서 본건의 경우에 있어서의 피상고인 등의 행위가 통상의 소송행위의 경우와 달리 법률상 당연히 과실을 포함하는 행위라고 추정하여야 함은 물론이다. 그런데도 원심은 본건의 경우에도 피상고인 등이 소송에서 패소하였다 하더라도 곧바로 과실에 의하여 상고인의 권리를 침해한 것이라고 말할 수 없고, 본건의 경우 패소한 사실 이외에 그 과실도 증명하여야 한다고 판단하여 상고인의 주장을 배척하였는바, 이는 법률을 위반한 판결이다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건에서 상고인이 소외 박해철에 대한 채권의 실행으로서 부동산의 강제집행을 할 때, 피상고인 등은 그 부동산에 관하여 각자 소유권을 주장하고 강제집행에 대한 이의의 소를 제기하였으며, 또한 집행정지명령을 신청함으로써 최초의 경매기일을 정지시킨 사실, 그 후 이의의 소는 모두 피상고인 패소의 확정판결을 받은 사실, 그로 인하여 상고인의 채권실행에 지연이 초래된 사실은 원판결이 확정한 바이다. 그런데 원판결은 상고인의 청구를 배척하는 이유로서, 손해배상을 청구하려면 청구자는 피청구자의 행위가 그 고의 또는 과실에 의한 것임을 입증할 책임이 있는바, 피상고인 등이 집행이의의 소송에서 패소하였다 하여 곧바로 고의 또는 과실이 있다고 말할 수 없고, 그 고의 또

는 과실은 패소한 사실 이외에 그 증명이 있어야 한다고 판시하였다. 무릇 불법행위에 의한 손해배상을 청구하는 소송에서 피청구자의 행위가 고의 또는 과실에 기인한 것이라는 점을 입증할 책임이 통상 청구자에 있는 점, 그리고 소송에 패소하였다 하여 반드시 고의 또는 과실이 있다고 할 수 없음은 원판결의 설명과 같다고 하여도, 본건 피상고인과 같이 실제로 아무런 권리를 갖지 아니한 자가 권리가 있다고 오해하여 강제집행에 대한 이의의 소를 제기하고, 또한 집행정지명령을 신청하여 채권자에게 손해를 발생시킨 경우에 있어서, 재판의 결과 집행이의의 소를 제기한 자의 권리가 없다는 것이 되어 패소의 판결을 받은 때에는 집행이의자가 그 권리를 갖는다고 확신한 데에 상당한 이유가 없는 한 일응 집행이의자에게 과실이 있다고 추정하는 것이 당연하다. 그리고 집행이의자가 권리를 갖는다고 확신한 데에 상당한 이유가 있는 사실, 즉 과실이 없다는 것을 스스로 입증할 책임이 있음은 물론이다. 그렇다면 원판결이 상고인이 소외 박해철에 대한 채권의 실행으로서 강제집행을 한 부동산에 대하여 피상고인 등이 그 소유권을 갖는다고 확신한 데에 상당한 이유가 있는지의 여부에 관하여 아무런 판단을 하지 아니하고, 막연히 피상고인 등이 집행이의의 소송에 패소하였다 하여 상고인의 채권실행을 방해할 고의 또는 과실이 있다고 말할 수 없다고 판정하여 오히려 상고인에게 피상고인 등의 고의 또는 과실의 존재에 관하여 거증책임을 부담시킨 것은 입증책임을 전도한 불법한 판결이다.

살피건대, 실제로 소유권을 갖지 아니함에도 불구하고 그 권리가 있다고 믿고 타인의 강제집행에 대하여 이의의 소송을 제기하고, 또한 그 집행정지명령을 신청함으로써 집행을 지연시킨 자가 당해 소송에서 패소하고 재판상 소유권이 없음이 확정된 때에는, 그 권리가 있다고 믿은 데에 상당한 이유가 있는 경우에는 과실이 있다고 인정할 수 없지만, 그러하지 아니하는 한 일응 이의의 소를 제기한 자에게 과실이 있다고 보는 것이 상당하다. 상고인이 소외 박해철에 대한 채권의 실행으로서 본건 부동산에 대하여 강제집행을 하자 피상고인 등이 각자 당해 부동산의 일부에 소유권이 있다고 주장하여 강제집행이의의 소송을 제기하고 강제집행정지명령을 신청하여 1911년 3월 8일의 경

매기일을 정지시킨 사실, 같은 이의 소송이 피상고인 등의 패소로 돌아가고 그 판결이 확정되어 1912년 11월 29일 다시 그 경매기일이 열리게 된 사실은 원판결이 확정하는 바이다. 따라서 피상고인 등이 그 소유권이 있다고 믿은 데에 관하여 상당한 이유가 있음을 증명하지 아니하는 한 일응 그들에게 과실이 있는 것으로 보아야 함에도, 원판결은 피상고인 등의 소유권이 있다고 믿은 데에 상당한 이유가 있는지의 여부에 관하여 사실을 확정하지 아니하고, 만연히 그 고의, 과실은 패소 사실 이외에 항상 상고인이 입증하여야 한다는 취지로 설시하여 상고인에게 그 입증책임을 부담시켜 패소를 선고한 것은 타당하지 아니하다. 원판결은 소론과 같이 위법이 있고 본 논지는 모두 이유가 있으므로 이를 파기하고 다시 변론 및 재판을 하게하기 위하여 본건을 다른 동등한 법원에 이송함이 상당하여 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

88 소유권보존등기신청에 관한 건 〔대정5년민항제3호 1916년 6월 16일 판결〕

【판결요지】

1. 가압류의 등기가 있는 부동산의 소유권보존등기경정의 경우에 있어서 가압류채권자는 등기상 이해관계 있는 제3자이다.

1. 등기관리가 부동산등기법 제63조 및 같은 조의 2의 규정에 의하여 등기의 경정을 할 수 있는 경우는 사건이 원래 등기하여야 하는 것임을 요한다. 만일 사건이 등기하여야 하는 것이 아닐 때에는 같은 법 제149조의 2 내지 5의 규정에 따라 등기를 말소하여야 한다.

[참 조] 등기관리가 등기를 완료한 후 그 등기에 관하여 착오 또는 탈루가 있음을 발견한 때에는 지체 없이 그 취지를 등기권리자 및 등기의무자에게 통지하여야 한다(부동산등기법 제63조).

전조의 경우에 있어서 등기의 착오 또는 탈루가 등기관리의 과오에 의한 때에는, 등기상 이해관계를 가지는 제3자가 있는 경우를 제외하고 등기관리는 지체 없이 지방법원장의 허가를 얻어 등기의 경정을 하고, 그 취지를 등기권리자 및 등기의무자에게 통지하여야 한다(같은 제63조의2).

등기관리는 등기를 완료한 후 그 등기가 제49조 제1호 또는 제2호에 해당하는 것임을 발견한 때에는 등기권리자, 등기의무자 및 등기상 이해관계를 갖는 제3자에 대하여 1월을 초과하지 아니하는 기간을 정하여 그 기간 내에 이의의 신청을 할 때에는 등기를 말소한다는 취지를 통지하여야 한다(같은 제149조의2).

통지를 받아야 하는 자의 주소 또는 거소를 알 수 없을 때에는 전항의 통지에 대신하여 상업등기에 관하여 정한 공고와 동일한 방법으로 공고하여야 한다(같은 조).

등기관리는 전항 이외에 상당하다고 인정하는 신문지에 동일한 공고를 게재할 수 있다(같은 조).

이의의 신청이 있는 때에는, 등기관리는 이유를 붙인 결정으로 그 재판을 하여야 한다(같은 제149조의3).

전항의 재판에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다. 항고는 집행정지의 효력을 갖는다(같은 조).

전조 제2항의 즉시항고에 관하여는 비송사건절차법의 규정을 준용한다(같은 제149조의4).

이의의 신청이 없을 때 또는 이의를 각하하는 재판이 확정된 때에는 등기관리는 직권으로 등기를 말소하여야 한다(같은 제149조의5).

【원　심】 대구복심법원

【항고인】 장길상

소송대리인 안본예차랑(岸本銳次郞, 키시모토)

위 소유권보존등기 신청사건에 관하여 1916년 5월 30일 대구복심법원이 한 항고기각의 결정에 대하여 항고인으로부터 재항고의 신청이 있으므로 당원은 아래와 같이 결정한다.

【주　문】

본건 항고는 이를 기각한다.

【이 유】

항고이유는 다음과 같다. 항고법원은 본건과 같이 동일 물건에 관하여 동일 종류의 등기를 이중으로 한 것은 위법하다고 인정하고, 또한 이 위법 등기는 등기상 이해관계를 갖는 제3자가 없는 경우에 한하여 지방법원장의 허가를 얻어 그 경정을 할 수 있지만, 본건과 같이 이해관계를 갖는 제3자가 있는 경우에 있어서는 그 경정방법이 없다는 취지로 설시하였다. 그 이유는 법조에 비추어 한 점의 의문이 없다고 하여도 본건에 있어 소위 이해관계를 가지는 제3자란 누구인지 및 그 제3자가 있는지의 여부에 관하여는 항고인이 수긍하기 어려운 바가 있다. 즉 손영돈(가압류채권자)을 가리켜 제3자라고 하였지만, 위 사람은 경정되어야 하는 등기의 등기권리자로서 등기의무자와 상대하는 자이므로 결코 제3자가 아니다. 따라서 과오로 한 등기의 경정절차를 이행할 수 있는 경우라고 생각된다. 단, 그 절차를 이행하거나 이행하지 아니하는 것은 등기관리의 직무집행상의 책임임에 그치고, 경정 없이 곧바로 본건 등기를 할 수 없게 됨은 항고인도 이론이 없다. 그러나 위 구제방법에 관한 이유에 관하여는 항고인이 따르기 힘든 바이므로, 가령 본건 재항고는 결론에서 항고법원과 같은 결정을 받더라도 적어도 그 구제방법에 관한 이유에 관하여 귀원의 설시를 받아 현존 등기의 경정에 관하여 등기관리에게 상당한 명령(부동산등기법 제158조, 155조)이 있기를 바라마지 않는다.

살피건대, 등기관리는 부동산등기법 제63조 및 같은 조의2의 규정에 의하여 과오에 의한 등기의 착오 또는 탈루를 경정하여야 하지만, 등기상 이해관계를 가지는 제3자가 있는 경우에 있어서는 이를 할 수 없다. 그리고 가압류의 등기가 있는 부동산의 소유권보존등기경정의 경우에 있어서 가압류채권자는 등기상 이해관계를 가지는 제3자임이 명백하므로, 항고인이 제3자가 아니라고 하는 논지는 이유가 없다. 그러나 부동산등기법 제63조 및 같은 조의2의 규정에 의하여 등기관리가 등기의 경정을 하려면 사건이 원래 등기하여야 하는 것임을 전제로 하고, 사건이 등기하여야 하는 것이 아닐 때에는 등기관리는 같은 법 제149조의2 내지 5의 규정에 따라 등기의 말소를 하여야 한다. 본건은

토지조사 전 1914년 9월 22일부 경상북도 달성군 해서촌면 토지증명 제29호로 소유권보존증명을 한 같은 군 공산면 지묘동 자자(子字) 제270번지 답 2두락(400평)의 토지와 토지조사 후 1916년 3월 14일부 대구지방법원의 촉탁으로 손영돈을 위한 가압류등기를 하면서 동시에 직권으로 최종만 명의로 소유권보존등기를 한 같은 동 제258번지 답 328평의 토지가 전적으로 동일한 물건이라는 것이므로, 후의 등기는 같은 법 제49조 제2호의 소위 사건이 등기하여야 하는 것이 아닌 경우에 해당하고, 등기관리는 같은 법 제149조의2 내지 5가 규정하는 방법에 따라 등기를 말소하여야 하는 경우이다. 그리고 앞의 증명은 1916년 5월 4일 항고인의 신청에 의하여 말소되었지만, 그로 인하여 원래 등기하여야 하는 것이 아닌 후자의 등기가 등기하여야 하는 것으로 변할 리 없으므로, 등기하여야 하는 것이 아닌 후자의 등기는 전자의 증명이 말소된 후라도 여전히 말소되어야 하는 것이다. 그런데도 원심이 그 이유에서 위와 같은 경우를 등기의 경정을 하여야 하는 경우라고 오해하여 그 오해에 기한 설시를 한 것은 부당하지만, 후자의 위법등기로서 실존하는 이상 동일한 부동산에 관하여 중복하여 보존등기를 할 수 없음은 명백하므로, 항고인의 등기신청은 각하를 면할 수 없고 원심이 그 항고를 기각한 것은 결국 정당하다.

위 설명과 같이 본건 항고는 이유가 없으므로 주문과 같이 결정한다.

고등법원 민사부

89 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제93호 1916년 6월 20일 판결〕

【판결요지】

1. 채무자가 가옥의 문기(文記)를 교부하여야 하는 계약에 위반하여 그 채무를 이행하지 아니한 결과 채권자가 손해를 입었다고 하여 손해의 배상을 청구한 경우, 그 채무불이행과 손해와의 사이에 인과관

계가 있으면 채무자는 그 손해를 배상하여야 할 책임이 있으므로, 그 인과관계의 유무를 판단하지 아니하고 만연히 가옥 문기의 교부를 약속한 목적이 불명이라고 하여 청구를 배척한 것은 위법하다.

【제 1 심】 경성지방법원 여주지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 임사홍
소송대리인 이기찬
【피상고인】 이명규
소송대리인 육종면

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 3월 20일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
원판결을 파기하고 본건을 경성복심법원으로 환송한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 "성립에 다툼이 없는 갑 제1호증 및 증인 임규삼, 김춘선의 진술을 종합하면 1915년 음 4월 20일 소외 윤양선은 피항소인[1]에 대하여 자신의 같은 사람에 대한 채무에 관하여 항소인[2]으로부터 매수한 가옥의 문기를 교부할 것을 약속하고, 항소인도 역시 그 자리에서 윤양선으로부터 잔대금을 수취한 갑 제1호증의 영수증과 교환으로 당해 가옥의 문기를 직접 피항소인에게 교부할 것을 약속하여 같은 호증을 피항소인에게 교부한 사실을 인정하기에 충분하다. 그리고 항소인이 피항소인에 대하여 당해 문기의 교부를 하지 아니하고 이를 윤양선에게 교부한 것은 항소인이 인정하는 바이므로, 항소인의 위 행

1) 원고, 상고인
2) 피고, 피상고인

위가 상기 계약을 위반한 것임은 인정되나, 피항소인의 입증으로는 윤양선이 상기와 같이 피항소인에게 가옥 문기의 교부를 약속한 목적이 어디에 있는지 이를 알아 볼 수가 없다. 따라서 피항소인 주장과 같이 윤양선이 당해 문기의 교부에 의하여 위 가옥에 저당권을 설정하려고 했다는 사실은 이를 도저히 인정할 수 없다. 그렇다면 피항소인 주장과 같이 상기 가옥에 대하여 피항소인이 저당권을 취득하지 못하고 윤양선이 당해 가옥을 타에 방매(放賣) 도주하여 피항소인이 동인에 대한 채권의 변제를 받을 길이 없게 되어 손해가 발생하였다 하더라도 당해 손해가 곧 피항소인의 계약위반의 행위에 기인한 것이라고 논할 수 없음은 물론이므로 피항소인의 본소 청구는 인용할 수 없다"라고 설명하여 상고인의 청구를 배척하였다. 그러나 계약의 위반 즉 채무의 이행을 하지 아니한 사실이 있는 경우에는 이에 의하여 통상 발생하는 손해를 배상하여야 할 책임이 있음은 두말할 필요가 없는 바이다. 본건에 관하여 보건대, 피상고인과 상고인과의 사이에 본소 가옥의 문권(文劵)을 직접 수수한다는 약속을 한 것이 어떠한 목적을 달성하려는 것이었는지 불명이라고 하여도, 문권이라는 것은 가옥에 관한 권리행사에 중대한 관계를 갖고 문권의 가격은 통상 가옥의 가격으로 산정하여야 하는 것으로서, 문권의 교부를 약속한 피상고인의 위약 행위로 인하여 가옥의 소유자가 함부로 가옥을 방매 도주함으로써 채권자인 상고인으로 하여금 가옥에 대한 집행 그 밖의 절차를 할 수 없게 한 이상 당연히 가옥의 가격을 한도로 하여 이를 배상하여야 할 책임이 있다고 믿는다. 따라서 원판결이 피상고인에게 채무불이행의 사실이 있음을 인정하면서도 손해배상의 책임이 없다고 판결한 것은 위법하다. 즉 손해배상의 원인이 있다면 법원은 나아가 그 수액을 조사 확정한 다음 판결을 하여야 한다.

살피건대, 채무자가 계약에 위반하여 그 채무를 이행하지 아니하여 채권자가 손해를 입은 경우 그 채무불이행과 손해와의 사이에 인과관계가 있다면 채무자는 채권자에 대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다. 본소 상고인의 주장이 다음과 같음은 원판결 및 제1심판결의 사실적시에 의하여 명백하다. 즉, 상고인은 소외 윤양선에게 약품구입을 목적으로 금 34원을 교부하였는데, 동인은 이를 피상고인으로부터 매

수한 가옥대금의 일부로서 피상고인에게 지급함으로써 상고인에게 반환할 수 없게 되었는바, 이에 상고인은 피상고인 및 윤양선과 회합하여 위 가옥 대금의 잔액을 윤양선이 피상고인에게 지급한 때에는 당해 가옥을 상고인의 윤양선에 대한 채권의 담보로 하기로 하고 이와 관련하여 피상고인은 당해 가옥의 문기를 윤양선에게 교부하지 아니하고 상고인에게 교부하기로 하는 취지로 상고인과 계약하였음에도 피상고인은 계약에 위반하여 당해 가옥의 문기를 상고인에게 교부하지 아니하고 윤양선에게 교부하는 바람에 동인이 이를 기화로 당해 가옥을 타인에게 매각 도주하였으므로, 상고인은 이로써 채권의 변제를 받을 길이 없어 손해를 입게 되어 그 배상을 구한다는 것이다. 즉 피상고인이 계약에 위반하여 그 채무를 이행하지 아니한 결과 상고인이 손해를 입었다는 주장이므로, 위 계약위반행위와 상고인이 입은 손해와의 사이에 인과관계가 있다면 가옥 문권의 교부 후에 상고인과 윤양선 사이에 당해 가옥에 관하여 저당권을 설정할 목적이 있다는 것, 또한 당해 가옥에 대하여 강제집행을 할 목적이 있다는 것은 구태여 따질 것이 아니다. 그리고 가옥의 문기는 그 문기에 기재된 가옥에 대한 소유권의 전래를 증명하는 도구로 사용되는 것으로 그 가옥을 타인에게 매매양도 또는 담보로 제공하는 등의 경우 종래 신문기와 함께 구문기를 교부하는 것이 일반적인 사례일 뿐만 아니라, 가옥의 문기가 반드시 전혀 무가치하다고 말할 수도 없다. 이를 교부받는지 교부받지 않는지 여부가 채권자의 이익에 소장을 초해하지 않는다고 단정하기 어렵다. 따라서 본소 당사자 사이에 그 계약에 따라 피상고인이 당해 가옥의 문기를 상고인에게 교부하였다면 윤양선은 당해 가옥을 타인에게 매각함에 이르지 않고, 상고인은 이로써 동인에 대한 채권의 전부 또는 일부에 관하여 집행을 할 수 있었음에도 피상고인은 약속을 위반하여 윤양선에게 당해 문기를 교부하여 동인이 이를 타인에게 매각하고 상고인은 그 채권의 집행을 할 수 없는 손해를 입기에 이르렀으니 위 손해는 피상고인의 채무불이행에 기인하는 것으로 피상고인은 배상의 책임을 면할 수 없다. 따라서 피상고인이 계약에 위배하여 가옥의 문기를 상고인에게 교부하지 아니하고 윤양선에게 교부함으로써 동인이 그 가옥을 타인에게 매각할 수 있었던 것인

지 여부 및 상고인이 위 문기를 교부받지 못하여 실제로 손해를 입었는지의 여부 등의 사실을 심리하여야 한다. 그런데도 원판결은 피상고인이 상고인에 대하여 본건 가옥의 문기를 교부할 것을 약속하고도 당해 계약에 위반하여 위 문기를 상고인에게 교부하지 아니하고 윤양선에게 교부한 사실을 확정하였음에도 불구하고, 위 계약위반 행위의 결과 상고인에게 손해를 입히게 되었는지의 여부를 심리하지 아니하고, 만연히 가옥문기의 교부를 약속한 목적이 어디에 있는지를 알 수가 없다 설시하여 상고인의 청구를 배척하였는바, 이는 소론과 같이 위법하므로 원판결은 파기를 면할 수 없다. 이미 이 점에서 원판결 전부를 파기하기에 충분하므로 다른 논점은 설명을 생략한다.

이상과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

90 월부상환금청구에 관한 건
〔대정5년민상제114호 1916년 6월 23일 판결〕

【판결요지】

1. 시효가 완성되었는지의 여부는 사실문제에 속하므로, 상고심에서 비로소 시효를 원용하여도 심사할 방법이 없어 적법한 상고이유가 되지 아니한다.

【제 1 심】 경성지방법원 여주지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김봉천
소송대리인 본다윤(本多潤, 혼다)
【피공소인】 이용조

위 당사자 간의 월부금반환 청구사건에 관하여 1916년 3월 31일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

본건 피상고인(원고)의 청구에 관한 월부금은 1905년 음 2월 말일부터 같은 9월 말일까지 매월 금 20원으로 하고, 단 최후 9월분은 금 32원 28전의 8회로 월부 변제하여야 하는 것으로, 각각 별개로 변제기를 붙인 것이다. 그런데 피상고인은 위 변제기경과 후 본건 소장제출 후까지는 아무런 청구 그 밖의 시효중단의 절차를 하지 아니하였으므로 당해 채권이 시효기간인 10년을 경과하였다면 그 청구권은 소멸한 것이 된다. 그런데도 불구하고 상고인(피고)은 1, 2심에서 시효의 원용을 하지 아니하여 결국 패소하였는바, 이를 상고심에서 원용하려고 한다.

살피건대, 시효가 완성되었는지의 여부는 사실문제이므로, 당사자가 시효를 원용하려면 사실심인 제1심 또는 제2심에서 이를 하여야 하는 것이고, 사실심사의 직권을 갖지 아니하는 상고심에서 시효를 원용하여 상고의 이유로 할 수 없다. 당원에서 비로소 소멸시효를 원용하여 본건 피상고인의 채권이 소멸하였다는 본 논지는 적법한 상고 이유가 되지 못한다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

91 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제86호 1916년 6월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 불법행위에 기한 손해가 통상 불법행위로부터 당연히 발생하는 것일 때에는 그 불법행위와 손해와의 사이에 인과관계가 있다고 말할 수 있지만, 통상의 경과에 있어서는 불법행위로부터 당연히 발생하는 것이 아니고 불법행위가 행하여진 후에 이르러 독립된 다른 특별사유의 개재에 의하여 손해가 발생한 것일 때에는 그 불법행위와 손해와의 사이에는 인과의 연락을 결(缺)하므로 불법행위자는 그 손해를 배상할 책임을 지지 아니한다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 주식회사 한호농공은행
법률상 대리인 백완혁
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모토)
【피상고인】 윤석두
소송대리인 유문환 외 1인

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 2월 29일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다. 피상고인[1] 선대 윤필중이 1907년 10월 중 그 부친 치병의 소유인 전라북도 소재의 본건 1,400여 두락의 지소(地所)를 치병의 승낙이 없음에도, 함부로 동인의 대리인이라 사칭하여 소외 이현주에게 매도하고 현주는 1908년 6월 중 다시 이를 대포청삭(大浦淸朔, 오오우라)에게 매각하였으며, 대포청삭(大浦淸朔)은 같은 월 중 이를 상고 은행에 대한 9,000원의 담보로서 전당권을 설정하여 상고 은행이 위 땅을 전당으로 받은 사실은 당사자 간의 다툼이 없는 바로서, 피상고인의 선대가 그 부친의 대리인으로 사칭하여 이현주와 사이에 한 본건 토지의 매매는 무효이고, 따라서 이현주로부터 당해 토지를 매수한 대포청삭(大浦淸朔)은 당해 토지의 소유권을 취득할 수 없으며, 나아가 대포청삭(大浦淸朔)과 피항소인 사이의 전당권설정의 무효가 초래되었을 뿐 아니라 이에 더하여 대포청삭(大浦淸朔) 및 같은 사람의 보증인인 현주가 무자력이어서 상고인[2]은 청구금액에 상당하는 손해를 입게 된 사실 및 위 필중의 행위가 현주에 대한 관계에 있어서는 불법행위가 된다는 사실은, 원심이 당사자의 변론 및 각 증거에 의하여 확정한 사실이다(원판결 이유 전단 참조). 그런데 원심은 판결 이유의 후단에서 "피항소인(상고인)이 입은 손해의 원인은 필경 무권리자인 대포청삭(大浦淸朔)과 피항소인과의 상기 거래 및 대포청삭(大浦淸朔)과 보증인 현주가 공히 무자력인 사실에 있다고 하여야 한다. 이를 항소인(피상고인) 선대의 위 부정행위에 소구(遡求)할 수 없으므로, 본건 손해와 위 행위와의 사이에는 객관적 책임원인이 되는 인과연결이 결여되었다고 인정함이 상당하다"라고 판시한 것은, 불법행위에 의한 손해배상의 책임에 관한 법칙의 적용을 그르친 것이다. 왜냐하면 원심이 확정한 사실에 의하면, 피상고인 선대 윤필중은 그 부친 윤치병 명의의 사인사서(私印私書)를 위조 행사하고, 함부로 치병의 대리인으로 사칭하여 치병 소유의 본건 토지를 현주에게 매각하여 현주는 이를 대포청삭(大浦淸朔)에게 전매하였으며 대포청삭(大浦淸朔)은 이를 상고 은행에게 제공하여 전당권을 설정하였는바, 위 소

1) 항소인, 피고
2) 피항소인, 원고

유권이전 및 전당권설정은 피상고인 선대 윤필중의 불법행위의 결과로서 전부무효(연쇄적 무효)가 되는 것이다. 즉 상고 은행이 전당권을 취득할 수 없게 된 것은 현주 또는 대포청삭(大浦淸朔)의 행위의 결과가 아니라 바로 피상고인 선대 윤필중이 타인의 사인사서를 위조 행사하고 타인의 소유지를 방매한 불법행위에 기인하는 점은 매우 명백하고, 동인의 불법행위와 상고 은행의 전당권이 무효가 되고 전당물로부터 우선변제를 받을 수 없게 된 사실과의 사이에 인과관계의 연락이 있는 것은 더 설명할 필요조차 없는 바이다. 가령 피상고인 선대 윤필중이 문서를 위조하지 아니하고 진정으로 그 부친 윤치병의 위임을 받아 그 대리인으로서 적법하게 본건 토지를 매매하였다면 현주 및 대포청삭(大浦淸朔)은 완전히 소유권을 취득하게 되고, 상고 은행 또한 완전한 전당권을 취득하여 그로부터 우선변제를 받을 수 있었다. 그렇다면 상고 은행이 전당권을 취득할 수 없기에 이른 원인은 오로지 피상고인 선대 윤필중의 불법행위에 있을 뿐이고 그 밖에 달리 부수적인 또는 주된 원인이 없다. 요컨대, 상고 은행의 손해는 피상고인 선대의 불법행위로 인하여 전당권을 취득할 수 없게 된 결과이므로 위 불법행위와 손해와의 사이에 인과의 관계가 있음은 명백하고, 원심이 인과관계의 연결이 없다고 한 것은 불법이다. 아울러 원심은 “상고 은행이 손해를 입은 것은 무권리자인 대포청삭(大浦淸朔)과 상고 은행과의 거래 및 대포청삭(大浦淸朔)과 보증인 이현주의 무자력에 있다고 하여야 하고, 멀리 피상고인 선대의 부정행위에 소급하여서는 아니 된다”고 단정하였으나 이는 대포청삭(大浦淸朔)으로 하여금 무권리자가 되게 하고 상고 은행으로 하여금 전당권을 취득할 수 없게 한 것이 누구의 여하한 행위에 기인한 것인지를 규명하지 아니한 바이다. 만일 한번이라도 대포청삭(大浦淸朔) 및 상고 은행으로 하여금 여기에 이르게 한 것이 피상고인 선대의 불법행위에 기인하는 것임을 생각한다면 도저히 원판지와 같은 결론은 발생할 리가 없다. 또한 전당권이라는 것은 채무자 및 보증인의 자력여하에 불구하고 1개의 물권으로서 큰 효력을 갖는 것이므로, 그 취득을 방해한 때에는 바로 그 손해배상을 구할 수 있고, 더구나 본건과 같이 채무자 및 보증인이 그 전당물 이외에 자력이 없는 경우에 있어서는 더 큰 실익·실효를 가지므로, 상

고 은행이 대포청삭(大浦清朔)에 대하여 전당권을 실행하고 채권의 만족을 얻을 수 없다는 것은 필경 피상고인 선대의 불법행위로 인해 대포청삭(大浦清朔) 및 상고 은행이 소유권 및 전당권을 취득할 수 없게 되어 상고 은행이 채권의 변제를 얻을 수 없게 되었기 때문이지 결코 대포청삭(大浦清朔) 및 보증인의 무자력의 결과가 아니다. 원래 본건 전당물의 가격은 피상고인이 제1심 이래 다투지 아니하는 바와 같이 상고 은행의 채권변제에 충당하고도 남으므로 상고 은행이 본건 전당권을 가지는 경우에는 대포청삭(大浦清朔) 및 그 보증인의 무자력에 불구하고 아무런 손해도 입지 아니한다. 또한 불법행위와 그 결과인 손해와의 사이에 다른 적법행위가 개재되었는지의 여부는 그 인과관계의 연락 불연락을 판가름하는 표준이 아니다. 즉 불법행위와 그 결과인 손해가 반드시 직접적인 관계에 있을 필요가 없다. 불법행위와 필연의 관계가 있는 경우에는 간접 손해라 하여도 인과관계가 있는 것으로 인정하여야 하므로 원심이 말하는 것과 같이 피상고인 선대의 불법행위와 상고 은행의 손해 사이에 대포청삭(大浦清朔)과 상고 은행 사이의 거래관계가 개재되어 있다 하여도 피상고인 선대에 대하여 소급하여 손해배상을 구할 수 없다고 할 수는 없다. 요컨대, 인과관계의 연락이 있는 경우에는 직접의 손해는 물론 간접의 손해라도 그 손해의 배상을 구할 수 있음에도 원심이 앞서 본 바와 같이 피상고인 선대의 불법행위와 상고 은행의 손해와의 사이에 대포청삭(大浦清朔)과 상고 은행 간의 거래관계가 있는 점, 대포청삭(大浦清朔)과 그 보증인이 무자력이라는 점의 2점을 들어 상고 은행의 손해가 피상고인 선대의 불법행위의 결과가 아니라고 한 것은 대단히 잘못이라고 생각한다. 또한 원심은 “피항소대리인 주장과 같이 필중이 장래 피항소인(상고인)이 본건 토지를 현주 또는 전득자로부터 채권의 담보로 받아 손해를 입는 것을 예견하였다고 하여도 이것은 단지 자신의 행위에 견련하여 발생할 수 있는 피항소인의 손해를 각지(覺知)하는 것으로 볼 수 있을 뿐, 이로써 법률상 소위 결과에 대한 고의가 있다고 말할 수 없음은 명백하다”라고 판시하였다. 그러나 타인의 문서를 위조행사하여 타인의 소유지를 매매한 자는 그 불법행위 이후 그 토지에 관하여 거래를 하는 자가 반드시 다소의 손해를 입을 것이라는 점은 예상할 수 있고,

만일 이를 예상할 수 없다고 하면 이것은 그 자의 과실이다. 따라서 피상고인 선대는 윤치병 명의의 문서를 위조행사하고 그 대리인으로 사칭하여 치병 소유의 토지를 매매한 당시 위 매매의 무효로 인하여 매수인 또는 그 전득자가 당해 목적물의 소유권 또는 그 밖의 물권을 취득할 수 없어 손해를 입을 것이라는 사실을 예기하였다고 보아야 하고, 따라서 그 결과에 대한 고의가 있었다고 하지 않으면 안되며, 적어도 과실이 있다는 사실은 면할 수 없다. 그럼에도 불구하고, 원심은 피상고인 선대가 상고 은행의 손해를 예견하고 각지하였다면서도 법률상 소위 결과에 대한 고의가 있다고 볼 수 없다고 하였는바, 이는 불법임을 면할 수 없다고 믿는다. 생각건대, 고의란 일정한 사실과 그 결과가 예상되고 게다가 그 결과의 발생을 예지하여 일부러 어떤 행위를 실행하는 의사의 상태를 칭한 것이기 때문이다.

살피건대, 불법행위에 기한 손해배상의 청구에 있어 그 불법행위와 손해와의 사이에 인과의 연락이 있음을 요하는 것은 두말할 필요가 없는 바이고, 그 손해가 통상의 경과에 있어서 불법행위로부터 당연히 발생하는 것일 때에는 그 불법행위와 손해와의 사이에 인과의 연락이 있다고 말할 수 있으므로, 불법행위자는 그 손해를 배상할 책임을 부담한다. 이에 반하여 피해자가 입은 손해가 그 원인을 거슬러 살펴볼 때 불법행위에 기인하는 것이 명백하다 하여도 통상의 경과에 있어서 그 불법행위로부터 당연히 발생하는 것이 아니고, 불법행위가 행하여진 후에 이르러 당해 불법행위와 아무런 관계가 없는 독립한 다른 유책행위 및 어떤 사정 등 특별사유의 개재에 의하여 타인의 권리가 침해되고 손해가 발생한 때에는, 그 불법행위와 손해와의 사이에 인과의 연락을 결하여 소위 인과관계의 중단을 초래하므로 불법행위자는 그 손해를 배상할 책임을 지지 아니한다. 본소 피상고인 선대 윤필중은 1907년 10월 중 소외 황원백 등과 공모하여, 윤치병의 소유인 전라북도 소재 본건 1,400여 두락의 지소를 치병의 승낙을 얻지 아니하고 함부로 같은 사람의 대리인이라 사칭하여 이를 소외 이현주에게 매도하고, 이현주는 다음 1908년 6월 중순 중에 다시 이를 소외 대포청삭(大浦淸朔)에게 매각하였으며, 다음으로 같은 달 중 상고인은 대포청삭(大浦淸朔)에 대한 금 9,000원의 채권담보로서 당해 지소에 전당권을

설정한 사실, 그리고 상기 이현주와 피상고인 선대 간의 당해 지소의 매매는 무효가 되었기 때문에 전득자인 대포청삭(大浦清朔)도 역시 그 소유권을 취득할 수 없고, 나아가 대포청삭(大浦清朔)과 상고인 간의 전당권설정도 역시 무효가 된 사실, 또한 채무자 대포청삭(大浦清朔) 및 그 보증인 이현주는 모두 무자력이어서 상고인은 대포청삭(大浦清朔)에 대한 채권의 변제를 얻을 수 없게 됨으로써 본소 청구액에 상당하는 손해를 입게 된 사실은 원판결이 확정하는 사실이다. 위 사실에 의하여 그 손해가 발생한 원인을 거슬러 살펴볼 때 피상고인 선대의 불법행위에 기한 것임은 논할 필요가 없다고 하여도, 그 손해의 직접 원인은 대포청삭(大浦清朔)과 상고인 사이에 있어서의 상기 거래관계 및 채무자 대포청삭(大浦清朔)과 그 보증인인 이현주가 모두 무자력이 되었다는 사실에 있고 피상고인의 불법행위에 기하여 매각한 지소를 이현주가 대포청삭(大浦清朔)에게 매각하고, 대포청삭(大浦清朔)이 이를 상고인의 채권에 대한 전당으로 제공한 것에 관하여는 피상고인 선대가 이에 간여한 흔적이 없을 뿐만 아니라, 이현주가 당해 지소를 대포청삭(大浦清朔)에게 전매하고 대포청삭(大浦清朔)과 상고인 간에 당해 지소에 관하여 저당권을 설정한 사실, 채무자 대포청삭(大浦清朔)과 보증인 이현주 모두 무자력이 된 사실 등은 통상의 경과에 있어서 피상고인 선대의 불법행위로부터 당연 발생하는 것이라 할 수 없다. 이러한 행위 및 사실은 당해 불법행위와 관계없는 독립한 특별사유로서, 피상고인 선대의 불법행위와 상고인의 손해와의 사이에는 이 특별사유가 개재하여 인과의 연락이 중단되었으므로 그 손해에 관하여 피상고인은 상고인에 대하여 배상의 책임이 없다. 따라서 원심이 위 사실을 확정하고 상고인이 입은 손해와 피상고인 선대의 불법행위와의 사이에 인과의 연락을 결여하는 것이라고 판시한 것은 상당하고 논지 전단은 이유가 없다.

또한, 피상고인 선대가 불법행위에 의하여 계쟁 지소를 이현주에게 매각함에 있어 이현주로부터 타에 전매 또는 전당에 제공하거나 전득자가 다시 이를 다른 곳으로 전매 또는 전당에 제공한 경우 누군가 손해를 입을 것을 예견하였다 하더라도 그 손해는 통상의 경과에 있어서 당해 불법행위로부터 당연히 발생하는 것이 아니고, 독립한 다른

유책행위 및 어떤 사실이 개입한 것에 의한 것이어서 그 결과에 대하여 고의 또는 과실이 있다고 말할 수 없다. 그런데 본소 상고인의 손해는 피상고인 선대의 불법행위에 의하여 통상의 경과에 있어서 당연히 발생하는 것이 아니고, 특별사유의 개재에 의하여 인과의 연락을 결한다는 것은 위의 설명과 같으므로, 피상고인 선대는 본소의 손해에 대하여 고의 또는 과실이 있다고 말할 수 없다. 따라서 원심이 피상고인 선대가 장래 본건 지소를 이현주 또는 그 전득자가 채권의 담보로 제공하여 채권자가 그 손해를 입게 되는 것을 예견하였다 하더라도 이것은 단지 자신의 행위에 견련하여 발생할 수 있는 손해를 각지한 것에 그치고, 이로써 법률상 소위 결과에 대한 고의가 있다고 말할 수 없다고 판시하여 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고, 논지 후단도 역시 그 이유가 없다.

위와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제452조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

92 토지소유권확인 및 인도청구에 관한 건 〔대정5년민상제133호 1916년 6월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 과거 조선에서 황실이 궁가(宮家)에 대하여 왕패(王牌)를 사여(賜與)하는 경우 전토사패(田土賜牌)와 결수사패(結數賜牌)의 구별이 있는바, 전자는 토지의 사패 또는 유토사패(有土賜牌)라 칭하여 전토를 패여(牌與)하는 것이고, 후자는 결(結)의 패여 또는 무토사패(無土賜牌)라 칭하여 단지 전토의 결수(結數)만을 사여(賜與)하는 것이다(상고이유 제1점).

1. 전토사패의 경우에 사여된 토지에 대하여는 조세가 면제되고, 만일 사패를 받은 자가 그 자격을 상실한 때에는 그 후 조세는 환수되지

만 토지 그 자체는 환수되지 아니하는 것이 관례이다(상고이유 제3점).

1. 대진환수(代盡還收)의 처분은 결수사패(結數賜牌)의 경우에만 행하는 것이다(상동).

【제 1 심】 부산지방법원 마산지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 원달수
소송대리인 박승빈
【피상고인】 오형근

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1916년 4월 5일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 그 이유에서 "이 점에 관하여 판단건대, 종래 조선에서 황실로부터 궁가에 하사된 소위 사패라는 것은 토지 그 자체를 받는 경우와 결세(結稅)를 받는 경우의 2가지이고, 전자는 토지의 사패 또는 유토사패(有土賜牌) 혹은 유토결(有土結)의 사패라 칭하고, 후자는 이를 결(結)의 사패 또는 무토사패(無土賜牌) 혹은 무토결사패(無土結賜牌)라고 칭하여 왔음이 관습임은 당원이 시인하는 바로서"라고 하여, 조선의 구 관습상 유토결(有土結)의 사패는 토지 그 자체 즉 소유권의 사패임은 원심법원이 시인하는 관습이라는 취지로 설시하였고, 결수(結數)의 사패에는 무토결(無土結)의 사패가 있음을 인정하기에 이르렀다.

그러나 조선의 관습상 유결(有結)의 사패라고 하는 것은 결(結)의 사패의 일종에 속하는 것으로 토지 그 자체의 사패가 아니라고 믿는다. 그렇다면 원판결은 조선관습상 유토결의 사패의 성질을 오해한 위법이 있다.{참조 (1) 대전회통, 호전(戶典) 제전조궁방전(諸田條宮方田)에 관한 규정(을 제1호증의 7), (2) 구한국탁지부전부고(田賦考)의 기재(을 제4호증의 2), (3) 구한국 개국 504년(1895년) 탁지부 조사 재정통계의 기재(감정인 박용구의 감정서 중 제3의 기재에 그 원문이 있다)}

살피건대, 과거 조선에서 황실이 궁가에 대하여 왕패를 하사된 경우 전토사패와 결수사패의 구별이 있는데, 전자는 또한 토지의 사패 또는 유토사패라고 칭하여 실제로 전토를 사여하고, 후자는 결(結)의 사패 또는 무토사패라고 칭하여 단지 전토의 결수만을 사패한 것으로서, 결수사패 중에 소론과 같은 유토결사패라 칭하는 일종의 결수사패가 존재하는 것은, 이를 인정할 수 없다. 따라서 만일 유토결사패라 칭하는 것이 있다고 한다면, 그것은 전토사패를 가리키는 것으로서 소론과 같이 결수사패에 속하는 일종의 사패를 가리키는 것이 아니다. 상고인이 원심에서 피상고인 7대조 모 명안공주의 사패는 유토결 즉 결수(結數)의 사패로서 토지의 사패가 아니라는 취지의 항변을 한 것에 대하여, 원심이 명안공주가 받은 사패는 창원부에 있어서의 토지 그 자체의 사패 즉 전토사패라는 사실을 인정한 후, 이를 상기의 관례에 비추어 상고인의 "유토결사패는 토지 그 자체의 사패가 아니라 결세의 사패라는 취지"의 항변을 배척한 것은 상당하며, 사패의 성질을 오해한 것이 아니다. 본 논지는 사패의 성질에 관하여 상기 본원에서 시인하는 바와 다른 견해를 전제로 원심이 상기 관례에 따라 판결을 한 것에 대하여 비난을 가하는 것으로서 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건 토지에 관하여 명안공주 4대 후에 이르러 대진환수(代盡還收)의 처분이 있었던 점, 환언하면 명안공주로부터 그 4대손에 이르기까지는 본건 토지에 대하여 국가로부터 결세를 징수하지 아니하였지만, 그 4대손 때에 이르러 다시 결세를 징수하게 된 것은 당사자 간에 다툼이 없는 사실이다. 원심에서 상고인은 이 점에 관하여 소위 대진환수의 처분은 결세의 사패의 경우에 있어서만 존재하는 처분으로, 토지

그 자체의 사패의 경우와는 전적으로 무관하여 그 경우 그와 같은 처분이 존재할 리 없고, 상기와 같은 대진환수의 처분이 있은 본건의 사패는 결세의 사패로서 토지 그 자체의 사패가 아니라는 취지의 항변을 하였다. 그런데 원판결은, 상고인의 이 점에 관한 주장에 대하여 판단을 하지 아니하고 피상고인의 청구를 시인하는 판결을 하였다{참조 (1) 1915년 1월 15일부 항소인(상고인)이 제출한 항소, 보충신청서 중 제2의 5의 기재 및 같은 날 구술변론조서 중 항소인의 신청 제5의 기재, (2) 위 같은 날의 조서 중 피항소인(피상고인)의 신청 제5의 기재 및 같은 해 5월 19일 구술변론조서 피항소인의 신청 중 “56년 전 명안궁(明安宮) 자격이 소멸함으로써 동시에 국세를 납부하였다. 그 이전에는 물론 국세를 납부하지 아니하였다”는 기재}. 그리고 원심은 상고인의 상기와 같은 주장 취지를 오해하여 그 이유 중 “항소대리인은 위 자격의 소멸로써 대진환수의 관습에 기하여 사패에 관한 권리도 역시 소멸한 것처럼 주장하였지만 …”이라고 하여, 상고인의 주장을 토지 그 자체의 사패의 경우에도 대진환수의 처분이 있고 그 결과 소유권도 소멸한다는 취지로 주장한 것과 같이 오해하고, 이에 대한 설명으로 토지 그 자체의 사패의 경우에 있어서는 대진환수의 관례에 의하여 소유권을 상실하지 아니한다는 취지의 판단을 하였다. 위와 같이 원심은 항소인이 주장한 사항에 관하여는 판단을 하지 아니하고 그 주장의 취지를 오해하여 그 주장하지 아니한 사항에 대하여 판단을 한 위법이 있다.

살피건대, 원판결 이유 중 “항소대리인은 위 자격의 소멸로써 대진환수의 관습에 기하여 사패에 관한 권리도 역시 소멸하는 것처럼 주장하지만”이라는 것은, 상고인의 “명안공주에 대한 사패는 결수사패이고, 대진환수의 처분은 결수사패의 경우에만 존재하는 것으로 명안궁의 자격은 56년 전 이미 소멸하였으므로 대진환수의 관습에 기하여 사패에 관한 권리도 역시 소멸한다”는 취지의 주장을 지시한 것이고, 그 문구 자체에 의하여도 소론과 같이 상고인의 주장을 “토지 그 자체의 사패의 경우에도 대진환수의 처분이 있고 그 결과 소유권은 소멸하는 것이다”라고 해석한 것이 아님은 명백하다. 그렇다면 원심이 상고인의 주장을 오해한 것이 아니다. 또한 원심 구술변론조서(1915년 1

월 15일)에 의하면, 상고인은 본건 토지에 관한 명안궁의 자격소멸의 결과 대진환수의 규정에 기하여 국가로부터 다시 그 결세를 징수당하고, 따라서 본소의 사패가 결(結)의 사패임이 명백하다는 취지의 신청을 하였고, 이에 대하여 피상고인은 상고인 주장과 같은 명안궁의 자격소멸의 사실은 이를 인정하지만, 사패지는 그대로 사유지이고 피상고인의 소유가 된다는 취지의 신청을 하였는바, 피상고인은 단지 명안궁의 자격소멸의 사실을 인정한 것에 그치고 대진환수의 처분이 있음을 인정한 것이 아니다. 따라서 원심이 이 쟁점에 대하여 대진환수의 관례는 결수사패에 대하여만 행하여지는 것이고, 본건과 같은 전토사패에 대하여는 위 관례는 행하여지지 아니한다고 하여 상고인의 주장을 배척한 것은 판결 이유에 비추어 명백하며 상고인 주장에 대하여 판단을 유탈한 것이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 앞의 제2점에서 말한 것과 같은 판단을 내린 그 이유의 설명으로서 "대진환수에 의한 권리전부의 소멸은 오로지 결(結)의 사패에만 적용되는 것이고, 토지의 사패에 관하여는 사패지에 대하여 종래 면제를 받은 조세를 징수하는 것에 그치고 토지 그 자체는 징수되지 아니하는 것이 관례임은 감정인 박용구의 감정서 제2의 1, 2에 의하여 명백한 바이므로 …"이라고 하였다. 가령 이 판단 및 이유가 앞의 제2점에서 논한 상고인의 주장 사항에 대한 판단 및 그 이유와 동일한 취지로 나온 것이라고 하여도 이는 다음과 같은 위법이 있다. 제1. 원판결은 토지의 사패의 경우 토지소유권의 취득 이외에 당연히 부수되는 효과로서 그 사패지에 대한 국세의 면제를 받고, 대진환수시에 이르러 그 면제된 국세만이 환수되는 것이 관습인 것처럼 해석하였으나 결세의 하사 및 그 대진환수는 결(結)의 사패의 경우에만 존재하는 것이고, 토지의 사패의 경우에 당연히 발생하는 효과가 아니다. 토지의 사패의 효과는 토지소유권을 취득하는 것에 그치고, 그 결세와는 아무런 관계가 없음은 조선 관습상 명백하다. 그렇다면 원판결에 전술한 이유 자체에 있어서 이미 관습을 오인한 위법이 있다. 제2. 원판결이 전항과 같은 관습을 인정한 것은 감정인 박용구의 감정서 제2의 1, 2에 의한 것이나, 위 감정서 제2의 1, 2의 기재만으로는 원판결이 인정한 것

과 같이 결세의 면제 및 환수가 토지사패의 경우에 있어서의 당연한 효과라고 해석하기에 충분하지 아니하다. 그 제2의 2에 “토지 그 자체의 사패의 경우에는 그 토지에 대하여 면제한 조세는 환수되는 일도 있지만”이라는 기재가 있지만, 그 문의(文意)는 결세의 면제 및 그 환수가 토지사패의 경우에 있어서의 필연적인 효과라는 뜻으로 해석될 수 없다. 그렇다면 원판결은 그 증빙으로 한 감정서의 문구 이외의 뜻을 인정하여 판단을 내린 것인바, 이는 위법하다. 제3. 만일 원판결 이유의 상기 부분의 의의가 반드시 조세의 면제 및 환수의 사항이 토지사패의 경우에 있어서의 당연한 효과라고 설시한 것이 아니라고 한다면, 앞의 제2점에서 논한 상고인의 주장을 배척함에 있어 본건 토지에 관하여 토지의 사패가 있었던 것 이외에, 조세의 면제 즉 결의 사패도 있었고 그 면제된 조세만이 환수되었다는 사실을 심리·판단하던지 또는 그 밖의 이유로 본건 토지에 관하여 조세의 면제 및 환수의 처분이 있었지만 본건 사패는 토지 그 자체의 사패로서 결(結)의 사패가 아니라는 취지의 설명하여야 한다. 그런데 원판결이 조금도 그와 같은 설명을 하지 아니하고 상고인의 주장을 배척한 것은 이유불비의 위법이 있다.(참조 앞의 제2점의 말미에 열기한 서류 이외에 1916년 2월 20일부 조선총독부 정무총감의 회답서 중 제1항 및 제4항의 기재)

살피건대, 전토사패의 경우 사여된 토지에 대하여는 조세가 면제되고 사패를 받은 자가 그 자격을 상실한 때에는 종래 면제를 받은 조세가 그 이후 환수되는 것에 그치며, 토지 그 자체는 환수되지 아니하는 관례가 존재함은 본원이 이를 인정하는 바이므로, 원심이 위 관례를 시인한 것은 상당할 뿐만 아니라 감정인 박용구의 감정서 취지도 역시 위와 동일하므로 원심이 감정서의 취지를 오해한 것이 아니다. 또한 원심은 전토사패의 경우에도 대진환수는 행하여지는 것이고 그 결과로서 면제된 조세를 환수하는 관례가 있다고 인정한 것이 아니다. 대진환수는 결수사패에 대하여만 행하여지는 것이고 본건 사패는 전토사패이므로 대진환수는 행할 수 없는 것이다. 원심은 단지 명안궁의 자격소멸의 결과로서 그 이후 조세를 징수당함에 불과하다는 취지를 인정한 것임은 제2점에서 설명한 것과 같으므로, 원심이 전토사패의 경우에도 대진환수가 행하여지는 것과 같이 해석하였다는 취지로 원

판결을 비난하는 것은 원판지에 부응하지 아니한다. 그러므로 본 논지의 제1, 제2는 그 이유가 없다. 또한 전토사패의 경우에 있어서는 조세가 면제되는 것이고, 사패를 받은 궁가로서 그 자격이 소멸된 때에는 그 이후 조세를 환수 당하게 됨은 앞의 설명과 같다. 또한 원판결이 본건의 사패는 전토사패로서 결수사패가 아니라는 취지를 인정한 이상은, 본 논지 제3의 주장과 같이 본건에 있어서 토지의 사패가 있는 이외에 조세의 면제 즉 결(結)의 사패가 있었다는 점에 관하여 설명을 할 필요가 있다 …의 논지는 그 이유가 없다. 요컨대 본 논지는 전토사패, 결수사패의 성질에 관하여 상기 관례와 다른 견해를 전제로 하여 원판결을 비난하는 것에 불과하므로 그 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

본건 사패에 관하여는 구(舊) 한국 호조 및 탁지부의 관할사무로서 처리해 온 것이고, 궁내부가 처리하지 아니하였음은 당사자 간에 다툼이 없는 사실이다. 그런데 원심에서 상고인은 이 점에 관하여 황실로부터 하사된 토지 그 자체의 사패에 관한 사무는 궁내부의 관할에 속하지 호조 및 탁지부의 관할사무가 아닌바, 본건 사패는 결(結)의 사패였기 때문에 국세를 관리하는 관청, 즉 호조 및 탁지부의 사무에 속하였던 것이며, 그렇다면 본건 사패는 토지 그 자체의 사패가 아니라는 취지의 항변을 하였다. 그런데 원판결은 이 점에 관하여 아무런 설명도 하지 아니하고, 본건 사패는 결(結)의 사패가 아니고 황실로부터 궁가에 하사된 토지 그 자체의 사패라고 판단하였는바, 여기에는 상고인의 중요한 주장을 몰각하여 이유를 붙이지 아니한 위법이 있고, 또한 호조 및 탁지부와 궁내부와의 사무관할에 관한 법령을 몰각한 위법이 있다.{참조 (1) 1915년 1월 15일부 항소인(상고인)이 제출한 항소보충신청서 중 제2의 4의 기재 및 (2) 같은 날 구술변론조서 중 항소인의 신청 제4의 기재}

살피건대, 원판결 이유는 피상고인(피항소인) 7대조 모 명안공주가 창원부의 유토 44결(結) 31부(負) 1속(束)에 상당하는 토지 그 자체의 사패를 받고, 그 후 피항소인에 이르기까지 이를 소유하여 왔음은 갑 제6호증 등에 비추어 이를 인정할 수 있고, 을 제1호증의 1 내지 7, 을 제3, 4호증 등으로는 위 인정을 번복하기에 부족하다는 취지로 설시하

고 있다. 즉 우선 본건의 사패는 전토사패라는 사실을 증거에 기하여 인정한 다음, 을 제3, 4호증에 의해서는 상고인의 주장을 인정할 수 없다는 취지를 설시한 것이다. 그리고 같은 호증은 본건 사패지가 호조 및 탁지부의 관할인 사실을 증명하기 위하여 상고인으로부터 제출된 것이므로, 원판결이 상고인의 주장을 배척한 이유의 설시를 누락한 것이 아니다. 또한 본건 사패의 토지가 호조 또는 탁지부의 소관에 속한다는 사실만으로 곧 결(結)의 사패[1]라고 말할 수도 없으므로, 원심이 을 제3, 4호증에 의하여 상고인의 주장을 인정할 수 없다는 취지를 판시한 것은 상당하고, 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

93 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제129호 1916년 7월 4일 판결〕

【판결요지】

1. 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구에 있어, 고의에 기한 행위라는 원고의 주장이 인정되지 않더라도 과실에 기한 것임을 인정할 수 있을 때에는 이에 의하여 손해배상의 청구를 시인할 수 있다.

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 정원서
소송대리인 태명식
【피상고인】 정기화

1) 원문에는 "本件賜牌"라고 기재되어 있으나 전후문맥상 "결(結)의 사패"의 오기로 보인다.

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 4월 8일 대구 복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결 사실부분에 "당사자 쌍방의 사실상의 진술은 원판결이 적시하는 것과 같은 취지이므로, 당해 적시를 여기에 인용한다"라고 되어 있고, 한편 제1심판결 사실부분은 "원고(피상고인)대리인이 청구원인으로서 진술한 요지는, 피고(상고인)가 원고에 대하여 금 229원 16전의 채권이 있다고 사칭하고 …"이라고 되어 있으며, 피상고인(원고)의 항소장에도 항소이유로서 "피항소인[1]이 항소인[2]에 대하여 채권이 있다고 사칭하고 …"이라고 되어 있다. 그렇다면 피상고인은 상고인에 대하여 사칭 즉 고의인 불법행위가 있다고 하여 손해배상을 청구한 것이 명백하다. 그런데 원판결은 이유 부분에 "필경 피항소인은 통상인이 기울여야 할 주의를 결하였기 때문에 그러한 오신을 초래한 것인바, 피항소인에게 과실이 있다고 말하여야 하고 …"으로 되어 있다. 즉 피상고인의 청구원인은 단지 고의에 의한 불법행위로 주장하였는데, 이에 관하여 원심은 아무런 설명판단을 하지 아니하고 스스로 나아가 상고인에게 과실이 있다고 하여 손해배상을 명하였는바, 이는 일면 이유불비의 불법이 있고, 일면 당사자가 주장하지 아니한 원인사실에 의하여 판단을 한 불법이 있어 어느 모로 보나 파기를 면할 수 없다고 확신한다.

---

1) 피고, 상고인

2) 원고, 피상고인

살피건대, 원판결 및 원판결이 인용하는 제1심판결의 사실적시에 의하면, 피상고인의 청구원인인 사실관계의 요지는 다음과 같다. 상고인은 피상고인에 대하여 채권이 없음에도 금 229원 16전의 채권이 있다고 칭하여 1913년 11월 21일 그 채권보전을 위한 광주지방법원 전주지청의 유체동산 가압류결정에 기하여 피상고인이 소유하는 벼 38석의 가압류를 하였으나, 본안채권청구의 소송은 상고인 패소의 판결이 확정되었는데, 피상고인은 상기 가압류 때문에 벼의 매각을 할 수 없었고, 지금은 오래된 벼가 되어 그 가격이 하락하였을 뿐만 아니라 그 일부는 조렵(鳥獵)의 해를 입어 멸실되었으므로, 상고인의 불법행위에 기한 손해로서 그 손해 합계 금 208원 80전의 배상을 구한다는 것이다. 그런데 불법행위에 의한 손해배상의 청구권은 고의 또는 과실에 의하여 타인의 권리를 침해하고 손해를 입힌 때에 발생하는 것이므로, 그 청구의 원인인 사실관계가 불법행위를 구성하는 이상, 원고가 주장하는 바와 같은 고의로 한 행위임을 인정할 수 없다 하더라도 과실에 의한 불법행위가 인정되는 경우 그 손해배상의 책임을 부담하게 할 수 있다. 따라서 원판결이 그 이유에 기재하는 증거에 의하여 상고인은 피상고인에 대하여 채권을 가지지 아니함에도 채권을 갖는다고 오신하고, 과실에 의하여 본래 갖지 아니하는 채권을 보전하려고 피상고인 소유의 벼 38석을 압류함으로써 동인으로 하여금 그 권리를 행사할 수 없게 하여 피상고인의 권리를 침해하였다고 인정한 후 불법행위에 의한 손해배상의 책임이 있다고 하여 상고인에게 패소의 판결을 선고한 것은 상당하다. 원판결은 상고인에게 배상의 책임을 지게 한 것에 관하여 이유를 결하지 아니함은 물론, 당사자가 주장하지 아니한 사실에 의하여 판단한 불법이 있다고 말할 수 없으므로 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명한 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

94 원상회복청구에 관한 건
〔대정5년민상제130호 1916년 7월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 판결의 증거가 된 증인의 진술이 위증임을 원인으로 하여 재심을 구하는 경우 그 증인에 대한 위증죄의 판결이 확정된 때 또는 증거흠결 이외의 사유로 형사소송절차의 개시 또는 실행을 할 수 없을 때에 한하는 것이므로, 단지 위증죄를 구성하는 것이라고 사료한다는 것에 그치는 경우 등은 가령 항소로 이를 주장하지 아니하여도 후일 재심을 구하는 데에 방해가 되지 아니한다(상고이유 제1점).

1. 조건의 성취에 의하여 이익을 향유하는 사람이 유치(誘致)하여 조건을 성취시켜도 조건불성취로 보아야 하는 규정이 없으므로 조건은 성취된 것이라고 하지 않을 수 없다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 박운오
소송대리인 장곡천팔이랑(長谷川八二郎, 하세가와)
【피상고인】 이등원차랑(伊藤元次郎, 이토우)

위 당사자 간의 원상회복 청구사건에 관하여 1916년 4월 6일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

본건 피상고인[1]이 한 원상회복의 이유로 하는 바는, 제1심판결의 증거가 된 증인 김병수의 증언은 위증이라는 것에 있다. 과연 그렇다면 무엇 때문에 통상의 상소 방법에 따라 항소로써 그 위증임을 주장하지 아니하였는가. 김병수의 증언이 위증임은 피상고인(제1심의 원고)이 증언 당일 이를 알게 되었고 부산지방법원 검사국에 위증죄의 고소를 하였으므로, 피상고인은 통상의 상소 방법에 따라 항소를 하고 1심판결의 증거가 된 김병수의 증언이 위증임을 주장하는 것이 불가능하지 아니하였다. 민사소송법 제470조의 원상회복의 소는 원고 또는 피고가 자신의 과실에 의하지 아니하고 전소 소송절차에서 특히 항소에 의하여 원상회복의 이유를 주장할 수 없을 때에 한하여 이를 할 수 있다고 규정한다. 그런데 피상고인은 위와 같이 항소를 함으로써 본건 원상회복의 이유로 하는 바를 주장할 수 있었음에도 그러하지 아니한 것은 전적으로 피상고인의 과실임에 틀림없다. 만일 피상고인이 다른 소송을 수계한 경우이거나 본건의 위증죄가 당해 관청의 기소 또는 제3자의 고발 등에 의한 경우에 있어서는 별론으로 하더라도 본건과 같이 항소절차를 제기하지 아니하여도 과실이라 말할 수 없다고 한다면, 아마도 민사소송법 제470조의 규정은 쓸모없는 헛된 법에 속하게 될 것이다. 그런데 원판결은 “증인의 위증이라는 것은 위증죄의 확정판결이 있기 전에는 확정적으로 입증하기 곤란하고, 확정적인 입증이 없이 만연히 항소를 하고 원상회복의 이유를 주장하여도 피항소인(피상고인)은 도저히 소기의 목적을 달성할 수 없기 때문에, 오히려 형사판결의 확정을 기다림만 못하여 항소를 보류중인바”이라고 하여 과실이라고 할 수 없다고 판단하였다. 그러나 항소심에서 제1심이 채용한 증언에 대하여 위증이라는 주장이 있는 경우에는 형사상 당해 위증죄의 확정판결이 있거나 무죄의 판결이 있는 것과 관계없이 자유로운 직권에 의하여 그 진위를 판단함으로써 채용 여부를 결정하여야 하므로, 역시 위증이 아니라고 하여 채용된 경우 이외에 본건과 같은 비상상고 즉 원상회복의 소를 할 필요가 없게 된다. 그런데 형사상 위증죄의 확정의 판결을 기다리지 아니하면 확정적으로 입증하기 곤란하다

1) 원고, 피항소인

고 하더라도 기간 내에 항소를 하지 아니한 것은 필경 피상고인의 오견(誤見)에 의한 것으로 즉 과실임에 틀림없다. 요컨대, 원판결은 그 해석을 그르치고 민사소송법 제470조를 적용하지 아니한 부당이 있다고 믿는다.

살피건대, 판결의 증거가 된 증인의 진술이 위증임을 원인으로 하여 재심을 구하려면 그 진술이 위증죄를 구성하여야 하므로 증인의 진술을 위증이라고 하여 단지 고소 또는 고발된 것만으로는 충분하지 아니하다. 당해 위증죄의 판결이 확정된 때 또는 증거흠결 이외의 사유로 형사소송절차의 개시 또는 실행을 할 수 없는 때에 한하여 재심의 사유로 할 수 있다. 따라서 전(前) 소송절차 중에 있어서 상소기간 내에 위 재심의 사유가 되는 사항이 존재하여 항소의 방법에 의하여 그 사유를 주장할 수 있음에도 이를 주장하지 아니한 경우 민사소송법 제470조의 규정에 기하여 재심의 소가 허용되지 아니한다 하더라도, 이와 달리 위 재심의 사유가 되는 사항이 존재하지 아니하는 경우에는 같은 조의 적용을 받지 아니한다. 그러므로 위증죄에 해당한다는 사실을 알면서 전 소송절차에서 항소의 방법에 의하여 이를 주장하였다 또는 주장하지 아니하였다 하는 사정은 재심을 청구함에 있어 아무런 영향을 미치지 아니한다. 본건은 당사자 간의 토지매매수수료 청구사건에 관하여 1914년 4월 4일 부산지방법원에서 원고(피상고인) 패소의 선고를 하여 위 판결이 확정되었고, 그 후 당해 판결의 증거가 되는 증인 김병수의 진술을 허위라고 하여 1915년 3월 9일 대구복심법원에서 위증죄에 의하여 형의 선고를 하여 당해 판결이 확정되었다. 피상고인은 그 후 이를 알았다고 하여 재심신청기간 내에 상기 부산지방법원의 확정판결에 대하여 원상회복의 소에 의하여 재심을 구한 것으로, 이는 민사소송법 제469조 제4호 및 같은 조 제2항의 규정에 적합하고 재심의 소로서 문제될 바가 없다. 위 증인 김병수에 대한 위증죄의 확정판결 전에 피상고인이 동인의 진술을 허위라고 사료하고 고소를 하였다 하더라도 위증죄를 구성하는지의 여부가 미확정인 동안 전소의 소송절차로서 항소의 방법에 의하여 증인진술이 위증임을 주장하지 아니한 것과 같은 것은 민사소송법 제470조에 말하는 과실이 아니므로 재심을 구함에 있어 아무런 방해가 되지 아니한다. 따라

서 원심이 동일한 취지에 의하여 본건 재심을 적법하다고 하고 상고인의 항변을 배척한 것은 상당하며, 소론과 같은 재심의 법칙을 오해한 위법이 없으므로 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 본소 청구권은 범죄에 기인하는 것이 아니고, 본건 당사자 간의 보수계약을 원인으로 하는 것이라고 판단하였다. 그러나 송본신태랑(松本新太郎, 마쓰모토)은 임의로 대금 15,000원으로 매수한 것이 아니라, 13,000원 이상으로는 매수하지 아니한다는 취지로 이를 거절한 것이고, 이에 피상고인은 통상수단으로 하여서는 도저히 동인으로 하여금 매수하게 할 수 없다고 생각하여 감히 범죄행위로 나와 송본신태랑(松本新太郎)에게 상전(上田, 우에다) 아무개가 이를 대금 15,000원으로 매수하려고 실제로 실지를 답사한 후 동래온천장에서 매매계약을 하자는 취지를 매도인에게 타전하여 매도인(상고인)이 그 곳에 나간다는 취지의 부실의 사실을 전달하고, 마치 좋은 기회를 잃게 되는 것과 같이 오신시켜 송본신태랑(松本新太郎)으로 하여금 금 15,000원으로 매매계약을 하게 하여 결국 피상고인은 1915년 3월 2일 대구복심법원에서 형법 제246조에 의하여 징역 4개월에 처해지고 그 집행을 받은 것이다. 원래 당초 상고인과 피상고인 간의 계약의 취지는 송본신태랑(松本新太郎)이 임의로 대금 15,000원으로 매수하는 경우에는 그 보수를 주어야 한다는 것이지 범죄행위를 사용하여 동인으로 하여금 금 15,000원에 매수하도록 한 경우에도 그 보수금을 주어야 한다는 것이 아님은 당사자 간의 다툼이 없는 바로서, 원판결에서 당사자 간의 계약을 원인으로 하는 것이라고 판단한 것은 심히 부당한 것이다. 원판결은 "피항소인(피상고인)은 소외 송본신태랑(松本新太郎)에 대하여 기망수단을 쓰고 동인으로 하여금 실가 13,000원의 항소인 소유지를 15,000원으로 매수하게 하였다 하더라도 이로써 피항소인(피상고인)이 조건성취에 의하여 향유할 이익을 향유하지 못할 이유가 없다"고 판단하였다. 이 판지에 따르면, 예를 들면 갑이 을에 대하여 우리 아버지가 사망하여 내가 상속인이 되면 너에게 금 10,000원을 준다는 계약을 하였을 때 을이 갑의 아버지를 살해한 경우에 있어서도 을은 조건성취에 의하여 금 10,000원을 청구할 수 있다고 할 수밖에

없게 된다. 원판결은 “왜냐하면, 우리 민법하에서는 민법 제130조의 유추적용하여 조건성취를 이유로 이익을 얻을 당사자가 고의로 조건을 성취시킨 때에 상대방에 대하여 조건이 성취되지 아니한 것으로 간주할 수 있다고 해석할 수 없고, 따라서 피항소인의 주선에 의하여 소외 송본신태랑(松本新太郎)과 항소인과의 사이에 금 15,000원의 토지매매계약이 성립한 이상은 피항소인은 이로써 당사자 간에 체결된 정지조건부 보수계약의 조건이 성취된 것으로 하여 상기 계약이행을 청구할 수 있다”고 판단하였다. 즉 원판결은 고의로 조건을 성취시킨 피상고인의 행위가 어떠한 성질의 것인지를 묻지 아니하고, 당해 행위에 의하여 조건이 성취되었다고 말할 수 있으며 성취되지 아니하였다고 볼 수 없다는 것과 같다. 그러나 조건을 성취시키는 행위는 그 성질상 일반적인 법리 및 민법 제90조의 규정에 비추어 조건성취의 효력이 발생하는 경우와 발생하지 아니하는 경우가 있다고 하지 않으면 안된다. 여기서 그 행위를 아래의 3개의 경우로 구별할 수 있다. 제1, 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 행위, 제2, 형법상의 범죄행위, 제3, 전게 제1과 제2 이외의 행위. 위 제3의 행위에 의하여 조건을 성취시킨 경우에 있어서는 별도로 법률규정이 없으므로 자연적으로 조건이 성취된 경우와 동일하게 볼 수 있지만, 제1, 제2의 행위에 의하여 조건이 성취된 경우는 자연적으로 조건이 성취된 경우와 동일시할 수 없다는 점은 깊이 논할 필요도 없는 바이다. 왜냐하면 제1, 제2의 행위는 무효 또는 불법인 행위이므로 당해 행위로부터 조건성취라고 말할 수 있는 효과가 발생할 이유가 없기 때문이다. 환언하면 민법상 진정한 조건은 성취되지 아니한 것이다. 상고인과 피상고인 사이의 계약, 즉 송본신태랑(松本新太郎)이 15,000원으로 매수한 때라고 하는 조건은 동인이 임의로 매수한 것이 아니기 때문에 성취되지 아니한 것이며, 성취된 것처럼 보이는 것은 범죄행위에 다름 아니어서 민법상 진정하게 성취되었다고 말할 수 없다. 요컨대, 원판결은 조건성취에 의하여 이익을 얻을 당사자가 고의로 조건을 성취시킨 경우에 민법 제130조의 규정을 유추적용할 수 없다는 한 가지 점만을 들어 총칙 제90조의 적용을 탈루하고, 그 행위 여하를 불문하고 고의로 조건성취를 유효하게 할 수 있다고 오해하였는바, 이는 타당하지 아니하다. 따라

서 범죄행위에 의하여 고의로 조건의 성취를 한 본소 청구권을 재판상 보호해 줄 수 있다고 한 것은 잘못이라고 확신한다.

살피건대, 조건부 법률행위의 효력은 그 조건의 성취 불성취에 의하여 이를 결정하여야 한다. 조건이 성취되지 아니함에도 불구하고 이를 성취되었다고 간주하는 민법 제130조의 규정과 같은 것은 조건부 법률행위의 효력에 관한 예외에 속하므로, 당해 규정은 이를 엄격하게 해석하여야 하고 유추해석이 허용되는 것이 아니다. 따라서 조건성취에 의하여 이익을 향유하는 자가 유치하여 조건을 성취시킨 경우에 이를 조건이 성취되지 아니한 것이라고 본다는 규정이 없으므로, 이와 같은 경우에도 역시 그 조건은 성취한 것이라고 하지 않을 수 없다. 원판결 및 제1심판결의 적시 사실에 의하면 본건 피상고인의 주장은, 1913년 10월 중 상고인 소유의 경상남도 김해군 소재 소지(沼地)를 소외 송본신태랑(松本新太郎)에게 매각의 주선을 함에 있어서, 대금 15,000원에 매각되었을 경우 상고인이 피상고인에 대하여 수수료로서 금 2,000원을 지급한다는 계약을 하였는데, 피상고인의 주선에 의하여 소외 송본신태랑(松本新太郎)에게 이를 대금 15,000원으로 매각하여 상고인이 이미 그 대금을 수령하였음에도 불구하고 약속한 수수료 중 일부만을 지급하고 그 잔액을 지급하지 아니하여 그 지급을 구한다는 것이다. 즉 본소의 청구는 당사자 간에 있어서의 조건부 수수료지급계약을 원인으로 하는 것이고, 당해 계약의 효력은 피상고인의 주선에 의하여 본건의 소지가 대금 15,000원으로 소외 송본신태랑(松本新太郎)에게 매각되었는지 여부라는 조건의 성취 불성취에 달려 있다. 따라서 당해 조건이 성취되었을 때에는 상고인이 계약의 취지에 기하여 수수료지급의 의무를 부담함은 당연하다. 그리고 당해 소지는 피상고인의 주선에 의하여 송본신태랑(松本新太郎)에게 대금 15,000원으로 매각되고, 상고인이 이미 그 대금을 수령하였음은 원판결이 확정하는 사실이므로 그렇다면 당사자 사이의 계약에 붙은 조건은 성취된 것이라고 말하지 않을 수 없다. 가령 피상고인이 사술을 사용하여 매주(買主[2])로 하여금 당해 소지를 대금 15,000원에 매수시킨 사실이 있고 또

2) 원문에는 "賣主"로 기재되어 있으나 오기임이 분명하다.

한 피상고인이 그로 인하여 형사처분을 받았다 하더라도 상고인과 소외 송본신태랑(松本新太郞)의 매매계약은 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 것이 아니고, 유효하게 성립하여 아무런 지장이 없이 이행된 이상 그 조건은 성취된 것이다. 어떠한 사항을 조건으로 하는지 여부는 어디까지나 당사자의 계약취지에 의하여 이를 결정하여야 한다. 따라서 소론이 인용하는 예와 같이 갑이 을에 대하여 우리 아버지가 사망하고 내가 상속을 하는 때에는 너에게 금 10,000원을 준다는 정지조건부 법률행위를 함에 있어 당사자가 처음부터 을이 갑의 아버지를 죽인다는 것을 조건의 내용으로 하였다고 하면, 이것은 민법 제90조에 해당하는 법률행위로서 이것이 무효임은 두말할 필요가 없다. 또한 만일 당해 계약의 조건인 갑의 아버지의 사망에 의한 상속의 개시에 을이 갑의 부를 살해함으로 인한 상속개시의 경우를 포함시키지 않는 것이라고 해석한다면, 을이 갑의 아버지를 죽음에 이르게 하여 상속이 개시되고 갑이 그 상속을 하게 되어도 이것은 당사자가 당초부터 조건으로 한 것이 아니어서 조건이 성취된 것이라고 하여 이를 논할 수 없다. 따라서 인용한 예의 경우와 같은 것은 계약의 해석에 의하여 그 법률행위가 무효이거나 또는 조건불성취가 되는 것이다. 본건 당사자 간의 수수료지급계약은 단지 상고인의 소유지를 소외 송본신태랑(松本新太郞)에게 금 15,000원으로 매각하는 것을 조건으로 하는 것이고, 범죄행위를 조건의 내용으로 한 것이 아니다. 그 목적으로 하는 바는 조금도 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항이 아니다. 또한 그 매매를 성립시키는 수단 등에 관하여 특별히 제한을 가한 흔적이 없으므로, 피상고인이 매수인의 결의를 촉구하기 위하여 타에 고가의 매수인이 있다고 사칭하고 그 밖에 매매계약의 성립을 유치하는 수단을 강구하여 이로써 피상고인이 형법에 저촉되었다고 하여도, 소지의 매매가 유효하게 성립한 이상은 당사자의 계약의 취지에 적합하고 조건이 성취되었다고 말하여야 한다. 따라서 원심이 이와 동일한 취지에 기하여 상고인과 소외 송본신태랑(松本新太郞) 사이에 본소의 소지를 대금 15,000원으로 매매하는 계약이 유효하게 성립된 이상 그 수수료지급계약의 효력을 발생시키는 조건은 성취된 것이므로 상고인은 본소 청구에 응하여야 할 의무가 있다고

설시함으로써 상고인의 항변을 배척한 것은 상당하고 조금도 위법하지 아니하며, 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

95 토지대금 및 수확물대금 · 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제127호 1916년 7월 10일 판결〕

【판결요지】

1. 항소장에 기재하여야 하는 요건인 항소된 판결의 표시는 어떠한 판결임을 알 수 있는 정도로 표시하면 족하고, 반드시 판결의 전문을 표시할 필요가 없다. 그리고 조선에서는 항소의 제기는 항소장을 제1심법원에 제출하여 이를 하여야 할 특별규정이 존재하므로, 제1심법원의 기재는 이를 결여하여도 항소된 판결의 표시라는 요건을 결하는 것으로 하기에 부족하다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 송기명
소송대리인 이조원 외 1인
【피상고인】 김일정

위 당사자 간의 토지대금 및 수확물대금 · 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 3월 16일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유 제2에 의하면, 증인 권미구일랑(劵尾九一郞, 마키오), 촌상죽차랑(村上竹次郞, 무라까미), 동화문, 김덕삼 등의 본건 토지는 피상고인[1]의 매도 후 강으로 떠내려갔다는 각 증언을 부정한 다음, “검증조서에 계쟁지는 일부 강으로 떠내려간 흔적이 있다는 취지의 기재가 있지만, 이 역시 어느 시기에 강으로 떠내려갔는지를 알기에 충분하지 아니하므로”라고 설시하여, 본건 계쟁지는 피상고인이 매도한 당시 79,000여 평의 면적을 가짐에 불과하므로, 그 매매가격은 부당한 염가가 아니라고 판단하였다. 그러나 검증조서를 보면, (상략) 강으로 떠내려간 상태를 살펴보니, (생략) 이하 일단(一段)은 모두 검증기일인 1915년 7월 30일부터 최근 강으로 떠내려간 취지의 기재라는 점을 알기에 충분하다. 특히 그 중 같은 제17점으로부터 같은 제23점까지는 최근에 붕락한 흔적이 매우 현저하고, (중략) 같은 제47점으로부터 같은 제49점까지는 실제로 붕락하고 있고 최근에도 붕락한 흔적이 현저하고, (중략) 별선 제3의 바깥쪽은 (밀양측) 쇠뜨기풀 등이 소생(疎生)하고 있고 높이가 2척 정도의 엷은 풀밭이 수개소에 점재하지만, 최근 홍수시 물이 흘러내려간 흔적은 현저하다고 기재되어 있다. 그렇다면 피상고인이 매도한 후 검증 당시로부터 최근 또 현실로도 강에 떠내려간 사실은 그와 같이 명백함에도 불구하고, 이것은 또한 어느 시기에 강에 떠내려갔는지를 알기에 부족하다고 설시하여 그 사실을 부정하는 것은 사실인정의 순조로움을 상실하게 하고 억측으로 판결한 것은 불법이라고 사료한다. 검증조서는 하나의 공문서이다. 공문서에 기재된 사실은 일응 진실이라고 인정하여야 하는 것으로서, 당연히 다른 사람의 허위의 기재라는 확고한 반증이 없는 한은 이를 믿고 인정하지 않을 수 없다고 할 것인데, 원판결은 아무런 이유가 없음

1) 피고, 항소인

에도 공문서인 검정증서에 기재된 사실을 부정한 것은 불법임을 면할 수 없다. 사실의 인정은 사실심의 직권에 전속되는 바라고 하여도, 까마귀를 가리켜 희다고 칭하는 것은 결코 허용되지 아니하는 바이다. 이와 동시에 강으로 떠내려간 시기를 명확하게 기재하고 있으므로, "어느 시기에 강으로 떠내려간 것인지 알기에 충분하지 아니하다면"이라고 인정한 것은 타당하지 아니하다. 만일 이에 대한 이유가 있으면 이를 설시하여야 함에도 아무런 이유를 설시하지 아니한 것은, 이유불비의 판결이라고 사료한다.

살피건대, 상고인은 계쟁 지소의 면적은 109,536평 5합이라고 주장하고, 피상고인은 이를 다투었으므로 원심은 "검증 당시에 항소인(피상고인)이 주장하는 것과 같은 면적 79,705평 5합이라는 것은 검증조서에 그 취지의 기재가 있는 것으로 명료하다. 증인 권미구일랑(卷尾九一郎, 마키오)의 증언 중, 본건 계쟁지는 1913년 5월 이전에 강으로 떠내려가지 아니하여도 그 후에 이르러 강으로 떠내려간 것을 보았다는 증언은 믿지 아니한다. 증인 촌상죽차랑(村上竹次郞, 무라까미), 동화문, 김덕삼 등의 증언에는 1911년 이후에 강으로 떠내려갔는지의 여부는 인정하기 어렵다"라고 설시하고, 상고인의 주장사실을 부정한 것은 사실법원에 전속하는 증거판단의 직권을 행사한 것에 틀림없다. 이를 그러하지 아니하다고 하여 비난하는 논지는 상고적법의 이유가 되지 아니한다. 또한, 검증조서 중에 강으로 떠내려간 사실은 기재가 있어도 그 시기는 명확히 기재되어 있지 아니하므로, 원심은 "검증조서에 계쟁지는 일부 강으로 떠내려간 흔적이 있다는 취지의 기재가 있지만, 이것 역시 어느 시기에 강으로 떠내려갔는지 알기에 부족하다면, 같은 조서의 기재도 역시 피항소인(상고인)의 이익이 되기 어렵다"고 설시하여, 매매 이후에 있어서 강으로 떠내려갔다는 상고인의 주장을 배척한 것은 상당하고 조금도 같은 조서의 명기에 반하여 사실을 인정한 위법이 없으므로, 조서의 기재에 반하고 억측에 의하여 사실을 인정하였다는 논지도 역시 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

항소장에는 항소된 판결의 표시를 기재할 필요가 있다. 그런데 피상고인이 원심에 제출한 항소장에는 제1심판결의 표시로 제하여 "위 당

사자 간 토지대금 및 수확물대금·손해배상 청구사건에 관하여 아래와 같이 판결한다(대정4년민제643호)"라고 기재하고 그 밑에 주문을 기재할 뿐이며, 제1심판결 법원의 명의 및 판결의 연월일을 기재하지 아니함으로서, 언제 어느 법원에서 선고된 판결에 대하여 항소를 한 것인지 항소장의 기재 그 자체에 의하여는 도저히 이를 인정할 수 없다. 그와 같은 것은 항소의 형식적 요건의 하나인 항소된 판결의 표시를 결여한 것으로 부적법한 항소임은 명료함에도 불구하고, 원심이 피상고인의 항소를 수리하고 본안의 판결을 한 것은 불법하다.

살피건대, 항소장에 항소된 판결을 표시하여야 함은 항소제기의 요건임은 명백하지만, 그 항소된 판결의 표시에 관하여는 이를 표시하는 일정한 형식이 존재하지 아니하므로 어떠한 판결인지를 알 수 있을 정도로 이를 표시하면 충분하고, 반드시 판결전문을 기재할 필요는 없다. 본건 피상고인으로부터 제1심법원에 제출된 항소장을 보건대, 당해 항소장에는 당사자의 씨명, 제1심법원의 사건번호, 소명 및 판결주문 및 당해 판결의 송달을 받은 연월일 등을 기재하고 있으므로, 제1심법원 및 판결의 연월일을 기재하지 아니하여도 항소장을 수리하여야 할 제1심법원은, 자신이 한 어떠한 판결에 대하여 항소가 되었는지는 일견 이를 알 수 있으므로, 항소된 판결의 표시를 결하는 것이라고 말할 수 없다. 왜냐하면, 민사소송법 제401조와 같이 항소의 제기는 항소장을 항소법원에 제출하여야 하는 때에는, 항소장에 원법원의 표시를 하지 아니하여 어떠한 법원의 판결에 대한 항소인지를 알 수 없다 하여도, 조선민사령 제46조에서 항소의 제기는 항소장을 원법원의 사건번호, 소송당사자의 씨명, 판결주문, 판결송달의 연월일 등을 기재한 때에는, 항소장은 반드시 원법원에 제출하여야 하고 이를 수리하는 원법원은 항소된 판결은 어떠한 판결인지 일견 이를 알 수 있기 때문이다. 따라서 본건 피상고인의 항소장에 논지와 같은 항소된 판결의 표시를 결한 위법이 없으므로, 원심이 항소의 제기를 적법으로 하여 본안에 관하여 판결을 내린 것은 상당하고, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

담보의 목적으로 채무자가 그 소유지를 채권자의 소유명의로 하고 가장의 공시절차를 한 경우에 있어서, 채권자가 그 담보물의 소유명의

가 자신에게 있는 것을 기화로 하여 함부로 이를 매각처분하는 것은 타인의 권리를 침해하는 것으로, 즉 불법행위에 속하고 계약위반 즉 의무불이행이 아니다. 그리고 불법행위를 원인으로 하는 채무를 부담하는 자는 상계로 채권자에게 대항할 수 없다. 그리고 본건 상고인은 피상고인에 대하여 상고인 소유의 니생전(泥生田)을 담보의 목적으로 피상고인의 소유명의로 하여 둔 바, 피상고인의 당해 토지가 자신의 소유명의임을 기화로 하여 함부로 이를 타인에게 매각하고, 상고인으로 하여금 당해 토지의 소유권을 상실시킴으로써 그 손해배상을 청구하기에 이른 것이다. 그 사실은 원심에서도 역시 이를 시인한 바로서, 본소 청구권의 법률상의 성질은 불법행위에 기인하는 손해배상에 속함이 명백함에도 불구하고, 원심은 위 손해배상청구권의 성질을 오해하고 계약위반에 의한 손해배상청구권이라고 오인하여, 그 결과로서 상고인이 그 존재를 부인한 피상고인의 채권 금 50원과 상고인이 갖는 불법행위에 기한 본소의 채권이 상계되었다고 하고, 상고인의 청구 전부를 기각한 것은 첫머리 기재의 법리를 무시한 불법이 있다.

살피건대, 본건 상고인의 소송취지는, 상고인은 피상고인에 대하여 채무를 부담하였기 때문에 그 담보로서 상고인 소유인 김해군 소재의 니생전을 피상고인의 소유명의로 하여 두고, 상고인의 승낙을 얻어 위 토지를 매각하여 그 대금으로 상고인의 채무를 변제함을 약속한 바, 피상고인은 약속에 위반하여 토지가 피상고인의 소유명의임을 노려 함부로 이를 동양척식 주식회사에 매각하였다. 위 토지는 피상고인이 매각한 당시의 가격 4,562원 50전으로서 이것은 상고인이 취득할 수 있는 것이라면, 위 가격상당의 손해를 입었으므로 그 손해배상청구권을 갖게 된다. 그리고 같은 날의 계산에 있어서 상고인은 피상고인에 대하여 총계 금 2,209원 38전 1리의 채무를 가지므로 이와 상계하고, 잉여액 금 2,353원 11전 9리의 배상 및 피상고인이 1911년 당해 토지로부터 취득한 수확물의 대금 153원 56전의 반환을 구한다는 것임은 원판결 및 같은 판결인용의 제1심판결의 적시사실 및 구술변론조서에 비추어 명백하다. 즉 본소 손해배상액에 관하여는 상고인 스스로 피상고인에 대한 채무와 대등액으로 상계함을 주장하였을 뿐만 아니라, 상기 소송취지에 의하면 상고인은 피상고인의 채권에 대한 담보로서 본

소의 토지를 피상고인의 소유명의로 한 것으로, 소위 신탁적 법률행위임에 틀림없으므로 외부관계에 있어서는 당해 토지의 소유권은 전적으로 피상고인에게 이전하는 것이다. 따라서 피상고인은 제3자에 대하여 유효하게 이를 매매 양도하거나 전당 등의 목적으로 제공할 수 있는 것이라 하여도, 내부관계에 있어서는 상고인의 승낙을 얻지 아니하면 함부로 이를 달리 매각할 수 없음을 약속한 것으로, 피상고인은 그 계약의 취지에 따른 의무가 있다. 그런데 피상고인은 그 계약취지에 위반하여 상고인의 승낙을 얻지 아니하고 함부로 이를 타인에게 매각하고, 이로써 상고인은 손해를 입고 그 배상을 구하는 것으로 계약위반을 원인으로 하는 소라고 해석할 수 있으므로, 원심이 본소의 손해배상의 청구는 계약위반을 원인으로 한다고 인정한 것은 상당하고 아무런 오인도 없다. 그리고 원심은 증거에 기하여 피상고인이 매각한 본소 토지의 가격은 금 2,100원을 상당하다고 하고, 이 금액은 피상고인의 계약위반에 의하여 상고인이 입은 손해액이라고 인정하였으며, 또한 피상고인의 상고인에 대한 채권액은 합계 2,259원 38전 1리라고 하고, 이 채권과 상기 상고인의 손해액 2,100원 및 피상고인이 계쟁지로부터 수익한 수확물 대금 153원 56전 5리를 대등액으로 상계할 때에는, 피상고인이 오히려 약간의 잔존 채권을 갖는 계산이 되므로 상고인의 본소 청구는 그 이유가 없다는 취지를 설시함으로써 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고 아무런 위법도 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

위와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

96 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제148호 1916년 7월 11일 판결〕

【판결요지】

1. 상업장부라 하여도 그 기재를 신용하는지의 여부는 법원의 자유로운 심증판단에 일임된 것이다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 함흥지방법원 회령지청

【제 2 심】 경성복심법원

【상고인】 임서약

소송대리인 태명식

【피상고인】 계규익

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 5월 5일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

제1심 이래 피상고인은 상고인으로부터 상품 및 노화(露貨)를 수령한 취지를 진술하고 있고, 원판결 이유 중에는 피항소인(상고인)의 일기장 운운의 기재가 있어, 상고인이 상인인 점 및 그 일기장이 상인장부임은 원심이 인정하는 바이다. 상인의 장부는 허위기재를 한 확실한 증거가 없는 한, 이를 조신(措信)하여야 하는 것이다. 또한 거래가 번번한 상호간에 있어서는 원활하고 민속하게 하기 위하여 반금(返金) 등의 행위를 함에 따로 증서를 작성하지 아니하고, 단지 장부에 기입하는 것은 통상의 모습으로서, 본건에서 원판결 중 인정된 45원여를 지급한 것도 위와 같은 것을 한 것이다. 원판결은 을 제1호증, 같은 제2호증 즉 일기장부에 1914년 음 10월 11일 금 210원 친거(親去)라고

기재되어 있는 사실을 인정하면서 신용하기 어렵다고 판단한 것은, 사회통상상태를 무시하고 거래민활(敏滑)을 저해하는 위법이 있어 파기를 면하지 못한다고 믿는다.

그러나 상업장부의 증거력에 관하여는 법률상 특별히 규정하는 바가 없으므로, 법원은 자유로운 심증에 기하여 이를 신용하는지의 여부를 결정할 수 있고, 소론과 같이 상업장부의 기재는 허위의 기재를 한 확실한 증거가 없는 한 이를 신용하여야 한다고 말할 수 없다. 그렇다면 원심이 을 제1호증, 같은 제2호증 중의 기재를 신용할 수 없다고 하고 이를 배척한 것은, 증거판단에 속하는 직권을 행사한 것이고 위법하지 아니하다. 또한, 원심이 본건 채무의 이자 중에 45원 83전 5리를 상고인으로부터 입금한 사실을 인정한 것은 을 제1호증, 같은 제2호증에 의한 것이 아니고, 피상고인이 본건에 관하여 지급명령신청을 한 때에 이자 중에 상기 금액의 입금을 인정한 사실에 기한 것임은 원판시에 비추어 명백하므로, 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 주문 중 "금 350원 37전 5리에 대한 1914년 음 11월 3일로부터 1915년 2월 말일에 이르기까지 월 2푼의 이자"라고 되어 있지만, 같은 판결 이유를 보건대 1915년 2월 말일까지의 이유를 결하고 있어, 주문이 성립한 원인이 되는 바를 알기 힘들다. 원판결은 제1심판결문과 연결시켜 보아 자연스럽게 이해할 수 없는 것을 주문에 특별히 기재하였음에도 불구하고 이유에서 아무런 설명을 하지 아니한 것은 필경 이유불비의 불법이 있다.

그러나 원판결서를 본다면 사실적시 중 "항소대리인은 원판결 중 항소인 승소부분을 제외하고 나머지를 취소한다, 원금 350원 37전 5리에 대한 1914년 음 11월 3일부터 1915년 2월 말일(음정월 15일)에 이르기까지 월 2푼의 이자를 지급하여야 한다라는 판결을 구한다는 취지 등을 각 신청을 하였다"라고 되어 있어, 원금 350원 37전 5리의 이자에 관하여 피상고인이 원심에서 청구하는 바는 1915년 2월 말일까지의 이자임은 명백하다. 그리고 원판결의 이유에서 본건 대차의 성립에 관하여는 당사자 간에 다툼이 없는 사실, 상고인이 1914년 음 11월 2일까지의 이자에 관하여는 지급을 한 사실, 상고인이 1914년 음 11월

3일 이후의 이자 중에 금 13원 68전 5리를 지급한 사실, 그 밖에 상고인으로부터 아무런 입금도 없었다는 사실을 설시한 다음, “그렇다면 항소인의 본소 청구는 이자 중 앞의 인정의 13원 68전 5리에 대한 부분을 제외하고 정당하다는 취지”를 설시하고 있고, 이를 상기 사실적시에 있어서의 피상고인의 청구와 대조하면, 원심이 상고인에 대하여 피상고인이 청구하는 원금 350원 37전 5리에 대한 이자의 청구 중 금 13원 68전 5리를 공제하고, 1914년 음 11월 3일부터 1915년 2월 말일까지 월 2푼의 이자의 지급을 하여야 한다는 취지의 판결을 한 이유가 저절로 명백하므로, 이를 가지고 이유불비라고 말할 수 없다. 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 같은 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

97 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제155호 1916년 7월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제717조에 규정된 손해배상은, 단지 손해를 발생시킨 원인이 공작물의 설치 또는 보존에 관하여 하자가 있는 경우에 그 책임이 발생하는 것이고, 그 손해의 원인인 사실이 발생한 시기가 평시인지 사변(事變)의 때인지를 묻지 아니한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 삼남척산 주식회사
대리인 이사 사장 중촌재조(中村再造, 나까무라)
소송대리인 목미호지조(木尾虎之助, 기오) 외 1인

【피상고인】 윤지중 외 44인

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 5월 1일 평양 복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심판결은, 피상고인(원심 피항소인, 이하 이와 같다)[1]의 본건 청구소송의 법률상의 원인사실은 민법 제717조 제1항 본문에 기한 것이라는 취지의 주장사실을 명확히 적시하고, 또한 상고인(원심 항소인, 이하 이와 같다)[2]의 제방 등은 홍수가 아닌 평시에 있어서는 배수에 지장이 없다는 취지의 피상고인의 시인사실을 명확히 적시하고 이를 긍정하면서, 달리 말하면 평시에 있어서는 상고인의 제방 등의 공작물은 완전하고 아무런 하자가 없다는 사실은 당사자 간에 다툼이 없고, 피상고인도 이를 시인하고 있음에도 불구하고, 폭풍, 지진 등의 사변과 같은 홍수라는 사실에 기하여 발생한 손해, 상언(詳言)하면 홍수라는 사변이 없는 한 절대로 발생할 수 없는 손해에 대하여 배상책임을 상고인에게 부담시키는 것은, 적용하여서는 아니 되는 법칙을 부당하게 적용한 위법한 판결임을 면할 수 없다. 왜냐하면, 민법 제717조는 평시에 있어서 적용되어야 하는 법칙이고, 결코 폭풍・지진・홍수 등의 사변의 경우에 적용되어서는 아니된다. 만일 같은 조를 사변의 경우에 적용한다면, 일본내지와 같은 지진국 및 폭풍습래지에 있어서는, 진재, 풍해에 의한 가옥의 도괴에 의하여 인축(人畜)이 사상된 경우

1) 원고
2) 피고

및 기타에 있어서도 손해배상책임이 발생하는 것이 되므로, 타인의 거주지에 인접하는 법정의 1척 5촌의 거리를 두는 석조의 가옥은 지진피해가 예견되므로 건설할 수 없고, 또 평시에는 아무런 도괴의 위험이 없는 목조가옥에 있어서도, 폭풍의 경우를 예상하여 이웃 소유자로부터 그 도괴에 의하여 발생하는 손해방지 때문에 개축의 요구 또는 이전의 요구를 받는 경우에는 이에 응하지 아니할 수 없게 된다. 나가사끼 항소원과 같은 건물이 그와 같은 요구의 목적물로서는 최적의 것이라는 기관(奇觀)에 이르는 것은 위와 같은 그릇된 견해에 의하여 발생한 것이고 그 타당하지 아니함은 명백하다.

그러나 민법 제717조에 규정된 손해배상은, 단지 손해를 발생시킨 원인이 공작물의 설치 또는 공작물의 보존에 관하여 하자가 있는 경우에 그 책임이 발생하는 것이고, 손해의 원인인 사실이 발생한 시기가 평시인지 사변인 때를 묻지 아니함은 상기 법조의 명문에 비추어 의문의 여지가 없다. 그리고 원판결 이유를 보건대, 원심은 1914년 7월 2일부터 4일에 이르는 출수시(出水時)에 피상고인 등의 경작지에 침수가 발생한 결과로서 수확감소의 손해를 발생시킨 원인은, 상고인이 점유하는 제방의 배수설비가 불완전하고 제방의 보존방법에 관한 상고인의 처치가 부당하다는 사실에 기한 것임을 인정함으로써, 상고인에게 손해배상의 책임이 있다고 판단한 것이므로, 원판결은 상당하고 소론과 같이 적용하여서는 아니 되는 법칙을 부당하게 적용한 것이 아니므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심판결은 상고인신청의 증인에 대하여 유보한 채로 심리를 다하지 아니하고, 증인의 신문에 관하여 허부의 결정을 하지 아니하고 결심하였기 때문에, 중요한 증거를 유탈하여 판결을 내린 것으로 타당하지 아니하며 위법하다. 상고인은 1915년 12월 20일 평양복심법원의 구술변론에서 본건 공사설계의 완전함을 증명하기 위하여, 증인으로서 복강영태랑(福岡榮太郎, 후꾸오까) 및 같은 사항 및 공작물도 국가의 소유라는 특약이 있음을 증명하기 위하여 증인으로서 중촌언(中村彦, 나까무라)을 신청한 결과, 법원은 위 신청 중 증인 중촌언(中村彦, 나까무라)에 대한 신문사항 중 공작물도 국가의 소유라는 특약이 있는지

의 여부의 사항만을 제한하고 같은 사람의 신문을 허용하였으며, 기타는 모두 이를 유보한다는 취지의 결정을 선고하였다. 그런데 법원은 그 후 위 유보의 결정을 한 증인신문에 관하여는 아무런 결정을 하지 아니하고 결심 판결을 한 것은, 일견 기록에 비추어 명백하므로 도저히 원판결은 위법임을 면할 수 없다.

살피건대 원심 구술변론조서에 의하면, 상고인으로부터 신청한 증인신문에 관하여 소론과 같이 허부의 결정을 유보하여 두고 변론종결에 이르기까지 그 결정을 하지 아니함은 명백하다고 하여도, 원심 최종구술변론기일인 1916년 4월 14일부의 같은 조서에 의하면, 쌍방 달리 신청이 없다고 말하고 각 소송관계를 표명하고 각 증거조사의 결과에 관하여 변론하였다고 되어 있고, 상고인은 원심이 상기의 결정을 하지 아니한 점에 대하여 아무런 이의도 제기하지 아니하고 변론을 종료한 것이 명백하다. 따라서 상고인은 스스로 그 책문권을 포기하였다고 인정하여야 하고, 오늘에 이르러 이로써 상고의 이유로 할 수 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

98 어업권대부계약유효확인청구에 관한 건 〔대정5년민상제135호 1916년 7월 10일 판결〕

【판결요지】

1. 채무자의 교체에 의한 경개는 구채무자의 의사에 반하지 아니하는 한은 신채무자와 채권자의 계약으로 이를 할 수 있다(상고이유 제3점).

1. 상고법원이 원판결을 파기하여 사건을 원법원에 환송한 때에는, 그 환송을 받은 법원은 파기된 원판결에서 인정한 사실에 기속되지 아

니한다(상고이유 제5점).

【제 1 심】 부산지방법원 통영지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 어윤적
소송대리인 이종하
【피상고인】 서상관

위 당사자 간의 어업권대부계약유효확인 청구사건에 관하여 1916년 4월 20일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 항소인(상고인)이 직접 임태근으로부터 140원의 청구를 받고 그 지급을 하여야 하는 경우란, 단지 항소인이 임태근으로부터 피소되어 패소의 판결을 받음에 그치지 아니하고, 그 판결이 확정력을 발생하여 그 판결을 집행하려고 하는 경우에 봉착한 때라고 해석함이 타당하다고 판시하였다. 그러나 생각건대, 채무자가 정당한 채권자로부터 변제의 청구를 받았을 때에는 그 변제를 할 의무가 없는 경우는 별개로 하더라도, 만일 의무가 있다고 하면 반드시 이를 이행하여야 함은 논의할 필요가 없다. 만일 의무가 있음에도 불구하고 그 이행을 하지 아니하고 강력히 항쟁을 하려고 하는 것은 심히 부도(不道) 불법인 것이고, 법률에서도 결코 이를 허용하지 아니한다. 단, 의무자가 의무를 이행하지 아니할 때에는, 채권자는 소송에 의하여 강제집행을 할 수 있음은 민법의 규정이라고 하여도, 권리자의 권리를 보호하기 위하여 부득이 한 경우에는 그와 같은 방법을 강구할 수 있는 규정에 불과

하고, 이로써 의무자가 강제집행을 받기까지 의무를 이행하지 아니하여도 된다는 의미로 해석하는 것은 오류이다. 과연 그렇다면 정당한 권리자로부터 의무이행의 청구가 있는 때에는, 채무자는 신속히 이를 이행하여야 하는 경우에 이르렀다고 말하여야 한다. 따라서 본건 상고인의 임태근에 대한 채무는 당연히 변제의 의무가 있는 것으로서 동인으로부터 청구를 받는 것과 동시에 그 지급을 하여야 하는 경우에 이른 것이고, 반드시 판결집행을 기다려 비로소 의무가 발생하는 것이 아니다. 그런데 원판결이 이 점에 관하여 상기와 같이 판단을 한 것은 불법임을 면할 수 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상고인의 임태근에 대한 140원의 채무는 원래 정당하게 성립한 것이고, 임태근으로부터 청구를 받는 경우에는 반드시 이를 이행하여야 한다. 따라서 상고인의 소위 지급을 하여야 하는 경우란, 즉 동인으로부터 청구를 받는 경우를 의미하는 것에 불과하다. 따라서 본건 갑 제1호증인 어업권대차계약서에도 임태근으로부터 이의의 신청이 있을 때에는 당해 계약을 무효로 한다는 취지를 기재한 것이고, 청구를 받고 다시 그 지급을 하여야 하는 경우 등이라는 기재가 없다. 따라서 지급을 하여야 하는 경우란 즉 청구를 받은 경우를 가리키는 것에 불과하고, 그 위에 판결을 집행하려고 하는 경우를 의미하는 것이 아님은 한층 명백하다. 즉 계약 당시의 당사자의 의사와 소송에 있어서의 항소인(상고인)의 항변과는 취지가 서로 맞물려 일치하고 있는 것이다. 그런데 원판결은 지급을 하여야 하는 경우란 판결을 집행하려고 하는 경우라고 부연하여 증서의 취지를 무시하고 당사자의 의사에 위반하는 망단(妄斷)을 한 것은, 이 역시 불법을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결에 의하면, 본 계약당사자가 계쟁 대차계약에 해제조건을 붙인 것은, 주로 항소인(상고인)으로 하여금 동인의 임태근에 대한 140원의 지급에 관한 책임으로부터 탈각시키고, 피항소인(피상고인)으로 하여금 전적으로 그 책임을 지게 함으로써 본건 대차계약의 본지를 실현하려는 당사자의 일치된 의사로부터 나온 것임은, 을 제1호증의 계약의 전취지에 비추어 의문의 여지가 없다. 이미 그렇다면 상기 해제조건의 내용을 이루는 항소인이 직접 임태근으로부터 140원

의 청구를 받고 그 지급을 하여야 하는 경우란, 단지 항소인이 임태근으로부터 피소되어 패소의 판결을 받음에 그치지 아니하고, 그 판결의 확정력이 발생하여 그 판결을 집행하려고 하는 경우에 봉착한 때라고 해석함이 상당하다고 설시하였다. 그리고 같은 해제조건의 계약취지는, 원심이 원용하는 증거의 취지에 의하면 원심해석과 같이 해석할 수 있는 것이고, 논지 소론과 같이 반드시 상고인이 임태근으로부터 채권의 청구를 받은 경우라는 의미로 해석하여야 하는 것이 아니므로, 본 논지는 자신의 의견을 기초로 하여 원심의 직권에 속하는 계약의 해석을 비난하는 것에 불과하여, 상고적법의 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 갑 제7호증에 의하여 항소인의 임태근에 대한 채무는 채무자인 항소인에서 피항소인으로 교체됨으로 인해서 경개계약이 체결된 사실을 인정하기에 충분하다고 판시하였다. 그러나 채무자의 교체에 의한 경개는 구채무자의 의사에 반하여 이를 할 수 없음은 민법규정상 명백하다. 그런데 갑 제7호증은 피상고인과 임태근의 두 사람 사이에 성립한 계약이고, 상고인(구채무자)은 당해 계약에 관여하지 아니하였음은 같은 호증 자체에 있어서 명료하다. 그렇다면 당시 구채무자인 상고인의 의사 여하는 이를 불문에 붙이고 바로 경개계약의 효력을 인정하는 것은 이 역시 이유불비의 판결이다. 가령 위 갑 제7호증 성립 전에 구채무자인 상고인이 당해 채무의 전부 또는 일부의 변상을 하였다면, 위 경개계약은 어떠한 효력을 갖는가. 임태근으로부터 상고인에 대하여 소송을 제기함과 동시에 상고인은 신속히 지급을 하여야 함은 전술한 것과 같다면, 후일 피상고인이 경개계약을 체결할 것을 예상하여 상고인이 그 시기를 기다리고 있는 것은 결코 있을 수 없는 것이다. 또한, 피상고인도 자신이 후일 상고인에서 교체되어 경개계약을 하여야 한다고 하여 상고인의 채무이행의 지체를 요구하는 것도 불가능한 것이다. 따라서 상고인은 임태근으로부터 청구를 받았을 때에는 신속히 지급을 하여야 하는 경우에 이르고, 동시에 본건 상고인과 피상고인 간의 어업권대차계약은 당연히 그 효력을 상실하는 것이다. 그 이후에 있어서의 피상고인과 임태근 간의 경개계약은 구채무자인 상고인의 의사에 반함은 두말할 필요가 없는 바이므로, 원판결

의 이 점에 관한 판단은 이 역시 불법임을 면할 수 없다.

살피건대, 채무자의 교체에 의한 경개는, 구채무자의 의사에 반하여 이를 할 수 없음은 소론과 같다고 하여도, 그 의사에 반하지 아니하는 한은 신채무자 및 채권자의 합의만에 의하여 이를 할 수 있다. 그리고 원판결은 상고논지 제1점, 제2점에서 설명한 것과 같이, 을 제1호증의 전취지에 의하여 소외 임태근이 이의를 제기할 때에는 당사자 간의 어업권대차계약을 해제하여야 한다는 취지의 해제조건을 붙인 것은, 상고인으로 하여금 동인의 임태근에 대한 140원의 지급에 관하여 그 책임을 탈각시키고, 피상고인으로 하여금 전적으로 그 책임에 맡김으로서 본건 어업권대차계약의 본지를 실현하려는 당사자 쌍방의 일치된 의사로부터 나온 것임을 인정하였다. 따라서 피상고인이 임태근의 이의를 두절시키기 위하여 상고인의 임태근에 대한 채무에 관하여 피상고인 스스로 그 책임을 부담하고 상고인으로 하여금 그 의무를 면탈시키려는 수단을 강구하는 것은, 당사자의 의사에 합치하는 것이라고 말하여야 한다. 따라서 피상고인이 채권자인 임태근과 채무자의 교체에 의한 경개를 하고 상고인의 채무를 소멸시킨 것은 상고인의 의사에 반하는 것이라는 주장을 한 흔적이 없으므로, 원심이 상고인의 임태근에 대한 채무에 관하여 피상고인이 채권자인 임태근과 채무자의 교체에 의한 경개를 한 사실을 인정하고 이를 유효하다고 한 것은 상당하고, 본 논지 전단은 이유가 없다. 또한 상고인이 본건 채무자의 교체에 의한 경개가 있기 이전에 임태근에 대한 채무를 변제하고 이를 소멸시킨 때에는, 같은 경개계약은 구채무가 존재하지 아니하므로 당연무효이다. 그러나 원심구술변론조서에 의하면 상고인은 을 제3호증을 제출하고 임태근으로부터의 청구에 관련된 결석판결의 확정에 의하여, 금 140원을 지급한 사실이 있음을 입증하는 취지를 진술하였다고 기재가 있고, 당해 결석판결이 확정된 시기는 1914년 4월 19일인 점 및 본건 경개계약이 성립한 시기는 그 이전인 같은 해 3월 2일인 점은 모두 원판결이 확정하는 바이다. 따라서 상고인이 임태근에 대하여 금 140원을 변제한 사실이 있다고 하지만 그 변제는 경개 후의 변제가 됨은 명백하고, 상고인은 채무가 없는데 이를 임태근에게 변제한 것에 그치며, 상기 피상고인 및 임태근 간의 경개계약에 영향을 미치

지 아니한다. 그러므로 원심이 피항소인과 소외 임태근 간의 경개계약에 의하여 항소인의 임태근에 대한 채무가 소멸하고 더 이상 임태근에 대하여 변제를 할 필요가 없게 된 이후 항소인이 임태근에게 140원을 지급하였다고 하지만, 위 경개계약의 해제가 없는 한은 일단 해제조건은 무조건이 되고 본건 대차계약의 효력에 아무런 영향을 미치지 아니한다는 취지를 설시한 것은 상당하다. 뿐만 아니라 원판결은 본건 해제조건의 내용을 이루는 계약취지는 상고인이 임태근으로부터 피소되어 패소의 판결이 확정되고 그 집행을 받으려는 경우라고 해석하고, 상고인이 임태근으로부터 청구를 받은 때라는 의미로 해석한 것이 아님은, 상고이유 제1점, 제2점에서의 설명에 의하여 명백하다. 이를 그러하지 아니하다고 하여 원판결을 비난하는 본 논지 후단도 상고이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

상고인이 피상고인에 대하여 본건 어업대차계약의 조건으로서 요구한 것은, 단지 피상고인이 상고인의 임태근에 대한 채무를 인수하는 계약만으로 만족하지 아니하고, 반드시 현실로 당해 채무를 변제하여 상고인과의 관계를 절대로 소멸시키는 것이 아니라면, 당초의 계약의 취지를 관철할 수 없다. 왜냐하면, 임태근은 이미 상고인에 대하여 소를 제기하고 결석판결을 받은 이상은, 당해 채무를 전부 변상하지 아니하면 언제라도 강제집행을 할 경우에 있음은 의문이 없는 바이다. 따라서 반드시 당해 채무의 전액을 현실로 변상하여 변상증명을 상고인에게 교부하는 것이 아니면, 상고인은 절대로 강제집행을 받지 아니한다고 할 수 없다. 그렇다면 이로서는 도저히 계약의 취지를 관철하였다고 말할 수 없다. 나아가 성립에 다툼이 없는 을 제9호증 즉 피상고인의 서신에 의하면 임태근은 경개계약을 알고 있지 아니하고, 상고인에 대한 결석판결의 송달신청을 하여 장차 강제집행을 하려고 한 점 및 피상고인도 당해 경개계약을 취소하고 자신의 임태근에 대한 채권을 청구하고 있음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고, 경개계약이 있다는 이유로 본건 대차계약에 붙인 해제조건은 무조건으로 되었다고 판단한 것은 불법임을 면할 수 없다. 그 뿐만 아니라 위 을 제9호에 대하여는 아무런 설명도 하지 아니하였음은 가장 큰 이유불비의

부당함을 면할 수 없다.

살피건대, 경개에 의하여 발생한 채무가 불법한 원인으로 인하여 또는 당사자가 모르는 사유에 의하여 성립하지 아니하거나 취소된 때에는, 구채무는 소멸하지 아니함은 민법 제517조의 규정에 비추어 명백하다고 하여도, 경개로서 유효하게 성립된 이상은 구채무는 당연히 소멸된다. 그리고 원판결은 상고인의 임태근에 대한 채무에 관하여 피상고인은 신채무자가 되어 임태근과 채무자의 교체에 의한 경개를 한 사실을 인정하고, 그 신채무가 불법한 원인 등으로 인하여 성립하지 아니하거나 취소된 사실을 인정하지 아니하였다. 따라서 상고인의 임태근에 대한 채무는 전적으로 소멸되고, 피상고인이 그 경개계약에 의하여 임태근에 대하여 부담한 신채무를 현실로 변제하는지의 여부에 관계없이, 상고인은 상기 경개의 한 가지에 의하여 절대로 채무를 면하게 되는 것이다. 가령 임태근이 상고인에 대한 승소의 결석판결을 받고 상기 경개계약이 있은 후 당해 판결이 확정되고 이에 기하여 상고인에 대하여 강제집행을 하여도 상고인은 이에 대하여 이의를 할 수 있으므로, 상고인은 결코 임태근으로부터 구채무의 지급을 강요받는 일이 있을 수 없다. 원판결이 같은 경개계약체결의 사실을 인정하였으며 임태근의 상고인에 대한 채무가 소멸한 것이라면, 해제조건의 내용을 이루는 항소인이 임태근으로부터 직접 청구를 받고 그 지급을 하여야 하는 경우는, 이후 결코 도래하지 아니한다고 말하여야 한다. 따라서 본건 대차계약은 이 때에 무조건이 되는 것이라는 취지를 설시한 것은 상당하고, 본 논지 전단은 이유가 없다. 또한 원심은 을 제9호증에 의하여도 위의 인정을 번복하기에 부족하다고 설시하고 같은 을호증은 이를 채용하지 아니하는 것으로, 채용하지 아니한 증거에 관하여는 그 이유를 설명할 필요가 없다. 뿐만 아니라 원심구술변론조서에 의하면, 상고인은 같은 을호증으로 단지 피항소인(피상고인)이 임태근은 화해계약을 이행하지 아니함을 알고 피항소인이 임태근에 대하여 200원을 지급한 사실을 입증하기 위하여 이를 제출한 것에 불과하고, 상고인이 본건 경개는 피상고인이 이를 취소한 것이라는 취지의 주장을 한 흔적이 없으므로, 같은 을호증을 가지고 임태근은 본건 경개계약을 모른다고 하거나 피상고인은 같은 계약을 취소한 것이라고

하여 원판결을 비난하는 논지 후단은, 원심에서 주장하지 아니한 사실에 기하여 원판결을 비난하고 또는 원심의 직권에 속하는 사실인정 및 증거의 취사 판단을 비난하는 것에 불과하므로, 상고적법의 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

본건은 대구복심법원에서 일단 판결을 받고 본건 대차계약에 붙인 해제조건이 성취된 사실을 확정한 것으로, 단 성취된 시기에 관하여 논의가 있고 귀원에 상고한 결과, 당해 성취시기를 확정하게 하기 위하여 원판결을 파기하고 같은 복심법원으로 환송된 사건이라면, 원심에서는 당해 조건의 성취시기를 충실히 조사 확정하여야 하고, 이미 전판결로 확정된 조건성취의 사실을 또 반복하여 다시 심사판단을 하는 것은 이 역시 불법임을 면할 수 없다. 만일 그와 같이 된다면, 사실법원의 판결이라는 것은 동일법원에서 이를 변경하고 이를 취소할 수 있는 것과 같아서 일반적으로 이를 믿을 수 없다고 하여야 하므로, 이 점에서도 원판결은 심히 불법하다고 말하지 않을 수 없다.

살피건대, 본건은 앞서 대구복심법원에서 상고인 승소의 판결을 하고 피상고인으로부터 상고를 하였기 때문에, 당원은 당해 상고에 기하여 당해 판결 전부를 파기하고 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 다시 원심으로 환송한 것이다. 그리고 이와 같이 상고심에서 판결 전부를 파기하고 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 환송의 판결을 한 때에는, 그 환송을 받은 법원은 제1심판결에 대하여 항소의 신청이 있는 때의 상태로 돌아가고, 사건 전체에 걸쳐 복심을 하며 나아가 재판을 하는 것으로, 파기된 판결이 확정한 사실에 기속되지 아니하므로, 원심이 당사자의 주장에 기하여 본건의 심리를 하여 본건 어업권대차계약에 부수하는 해제조건의 의의를 천명하고, 또한 상고인이 임태근에 대하여 부담하는 채무에 관하여 피상고인은 그 계약취지에 따라 채권자인 임태근과 채무자의 교체에 의한 경개를 하였기 때문에, 같은 해제조건의 내용을 이루는 상고인이 임태근으로부터 직접 청구를 받고 그 지급을 하여야 하는 경우는 도래하지 않게 되어, 본건 대차계약은 이후 무조건이 된다는 취지를 설시한 것은 상당하고, 원판결에는 소론과 같은 불법인 점이 없으므로 본 논지는 상고적법의 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

99 토지소유권확인·인도 및 소유권이전증명말소절차이행청구에 관한 건
〔대정5년민상제124호 1916년 7월 25일 판결〕

【판결요지】

1. 항소장에 기재하여야 하는 요건인 항소된 판결의 표시는 어떠한 판결인지를 알 수 있을 정도로 표시함으로써 족하고, 반드시 판결의 전문을 기재할 필요가 없다. 조선에서는 항소의 제기는 항소장을 제1심법원으로 제출하여 이를 하여야 하는 특별규정이 존재하므로, 제1심법원의 기재는 이를 결여하여도 항소된 판결의 표시인 요건을 결한 것으로 하기에 부족하다.

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 심의술
소송대리인 굴지상작(堀池常作, 호리이케)
【피상고인】 문소사
소송대리인 신성우

위 당사자 간의 토지소유권확인·인도 및 소유권이전증명말소절차이행 청구사건에 관하여 1916년 4월 11일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주　문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이　유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결에서 항소를 기각한 이유의 설명에 의하면, 1915년 12월 15일 원심법원에 제출한 항소장의 기재로는 판결을 한 법원의 표시불비이고, 이 불비는 1916년 4월 4일 항소대리인으로부터 보충신청서가 제출되었다고 하더라도, 이미 항소기간경과 후이므로 보정의 효력을 갖지 아니하므로 본건 항소는 부적법하다고 하여 기각한다는 것이다. 그러나 원판결은 아래의 점에서 법률위배의 재판이라고 믿는다. 항소장의 제출은, 원법원에 제출하여 이를 함은 조선민사령 제46조의 규정이므로 제출된 법원이 원법원인 것은 일정부동의 사실이다. 즉 원법원인 광주지방법원 전주지청은 같은 령 제48조에 의하여 그 기록번호, 당사자 등을 조사하여 이에 해당하는 항소 즉 본건 기록을 항소법원으로 송부하였고(소증기록송부서 1915년 12월 26일), 원항소법원은 이를 받아 심리를 속행하였고, 항소대리인은 변론종결 전에 제1심판결의 표시를 한층 확실하게 하기 위하여 판결정본을 제출하여 보충을 하였으며, 피항소인은 아무런 이의를 하지 아니하였고, 또한 법원은 그 후에 결심하였다. 상고인의 믿는 바에 의하면, 일본 민사소송법에 의하면 항소장은 항소법원에 제출하여 이를 하는 것으로 조선민사령과는 그 취급절차를 달리한다. 제1심법원이 어느 법원인지를 명시하지 아니하면 법원서기가 같은 법 제431조에 의한 관내 어느 법원으로 기록의 송부를 구하는지, 다수의 법원 중 원법원을 확지할 수 없다고 하여도, 조선민사령에 있어서는 항소장은 원심법원에 제출하는 것이므로 그 제출을 받은 법원이 바로 제1심법원임은 기정의 사실이므로, 원심의 기록번호, 당사자씨명을 기재한 이외에 원판결주문을 명확히 한 이상은, 원법원의 표시의 생략정도는 기록번호, 소명 이외에 주문의 적시를 명확히 한다면 아무런 지장이 없다. 그런데 원심판결은 이를 부적법하다고 논단한 것은 소위 법률을 부당하게 적용한 위법이 있다고 사료한다. 가령 이를 부적법하다고 하더라도, 원래 소장이 부적법한 경우에

는 상당한 기간을 정하여 재판장의 명령으로 흠결보정의 명령을 발하여야 하고, 이 명령에 따르지 아니할 때에는 그 기간의 만료 후에 반려하여야 함은, 같은 법 제192조가 규정하는 바이다. 그리고 항소인은 소송진행중에 보정에 관하여 재판장의 명령을 기다리지 아니하고 그 불비를 보정하고, 즉 당사자 간에 있어서도 아무런 이의 없이 결심한 것이라면, 원심법원이 아무런 보정을 명한 사실이 없이 바로 기각의 판결을 내린 것은 법률을 적용하지 아니한 부당한 재판이다.

상고보충이유는 다음과 같다.

항소의 제기에 관하여 항소장의 구비조건으로서는 민사소송법 제401조에서 제1. 원심판결의 표시, 제2. 항소를 한다는 취지의 진술에 불과하고, 본건 상고의 이유는 주로 위 제1.의 소위 판결의 표시는 어느 정도의 기재를 요하는지의 문제를 결정함에 있어서, 상고인의 주장은 판결주문 이외의 사항과 같은 것을 기재하는지의 여부는 취급절차상의 편의의 당부에 관한 것에 그치고, 같은 조 제3항에 의하여 특별히 이를 기재할 수 있다고 하더라도, 항소제기의 요건은 아니라는 것이다. 그런데 원심법원이 전심법원명의 기재를 항소의 하나의 요건이라고 해서 이를 판결의 유일한 이유로 한 것은, 법률을 부당하게 적용한 위법이 있다.

살피건대, 민사소송법 제401조 제2항의 규정에 의하면 항소장에는 제1, 항소된 판결의 표시, 제2. 이 판결에 대하여 항소를 한다는 취지의 진술을 기재할 필요가 있다 하여도, 소위 항소된 판결의 표시는 반드시 항소된 제1심판결의 전문을 기재하여야 한다는 취지가 아니고, 그 제1심판결은 어떠한 판결을 지시하는지 이를 인식할 수 있을 정도로 표시하면 충분하다. 그리고 같은 조 제1항에는 항소의 제기는 항소장을 항소법원에 제출하여 이를 한다고 규정하고, 항소장은 바로 항소법원에 제출하여야 한다는 것이므로 항소된 판결을 표시함에 있어서는, 어느 법원에서 내린 판결인지를 인식하기에 충분한 기재를 할 필요가 있음은 물론이다. 그러나 위 제1항의 규정이란 조선에는 그 적용이 없고, 조선에서는 조선민사령 제46조에 의하여 항소의 제기는 항소장을 원법원에 제출하여 이를 하여야 하는 것이므로, 항소장은 항상 반드시 제1심법원을 경유하여 항소법원에 도달하는 것이다. 따라서 항

소된 판결을 내린 제1심법원이 어느 법원인지는 사실상 저절로 판명되는 것이므로, 항소장에 그 표시를 결여하여도 가령 제1심에서의 사건번호, 당사자의 씨명, 판결의 주문, 판결선고의 연월일 등이 표시된 이상은, 어떠한 판결에 대하여 한 항소인지 이를 인식하기에 충분하므로, 달리 확실히 허용되지 아니하는 항소 또는 확실히 법률상의 방식에 적합하지 아니하거나 기간의 경과 후에 제기된 항소라는 등의 부적법한 원인이 아닌 한, 제1심법원은 같은 령 제48조의 규정에 의하여 항소장과 함께 소송기록을 항소법원으로 송부하여야 하는 것으로서, 제1심법원은 어느 법원인지는 반드시 이를 항소장에 기재하지 아니하여도, 그 항소가 불성립에 속하는 하자를 야기하는 것이 아니라고 해석함이 타당하다. 이제 본건 항소장을 보건대, 제1심판결의 표시로서 사건번호, 당사자의 씨명, 소명, 판결의 주문, 판결선고의 연월일을 기재하고 있어 항소된 판결이 어떠한 판결인지는 이를 인식할 수 있으므로, 제1심법원이 위 항소장과 함께 소송기록을 항소법원에 송부한 것은 원래 상당하고, 당해 항소장에는 항소된 판결의 표시에 흠결이 없다. 그런데 원심이 본건 항소장에 제1심의 판결을 내린 법원의 표시가 없으므로 부적법하다고 하여 항소를 기각한 것은, 즉 적법한 항소를 부적법하다고 판단한 위법한 것이고, 이 점에서 상고논지는 그 이유가 있으므로 원판결은 파기를 면할 수 없다. 이미 이 점에서 원판결의 전부를 파기하여야 하는 이유가 있다고 인정하는 바이므로 상고논지 중 항소장의 보충은 이를 유효한 것인지의 여부, 민사소송법 제192조의 규정은 이를 항소심에 준용하여야 하는지의 여부 등의 점에 관하여는, 지금 여기서 판단을 할 필요가 없으므로 그 설명을 생략한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

100 토지매매증명취소 및 소유권이전증명절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제103호 1916년 8월 11일 판결〕

【판결요지】

1. 갑을 간에 설정된 신탁적 매도저당의 목적물인 토지를 설정자 갑이 타인에게 매도하였다고 하더라도, 갑은 을에 대하여 채무를 변제한 때에는 그 매도저당토지의 소유명의를 자기에게 복귀시킬 권리를 갖는다.

1. 증명의 말소는 증명명의인에 대하여 청구하여야 하는 것이다. 따라서 매도인을 상대방으로 하여 청구한 것은 타당하지 아니하다.

【제 1 심】 광주지방법원 장흥지청

【제 2 심】 대구복심법원

【상고인】 조동민 외 1인
소송대리인 본다윤(本多潤, 혼다)

【피상고인】 김정규 외 1인
양명소송대리인 최진
복대리인 김찬영

위 당사자 간의 토지매매증명취소 및 소유권이전증명절차이행 청구사건에 관하여 1916년 3월 9일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주　문】

원판결 중 피항소인(상고인)[1]이 항소인(피상고인)[2] 김정규에 대한 토지매매증명취소청구기각의 부분을 제외한 나머지를 파기하고, 사건

---

1) 원고
2) 피고

을 대구복심법원으로 환송한다.
전항 제외의 부분에 대한 상고는 이를 기각한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.
제2심판결 이유 중 중단에서 "소외 윤오진은 본건 계쟁지를 1914년 중 피항소인에게 매각한 것은 피항소인이 자인할 뿐만 아니라, 진정하게 성립되었다고 인정되는 갑 제4호증(토지매매계약서)에 의하여 계쟁지의 소유권을 상실한 것이므로, 그 이후에 있어서는 계쟁지에 관하여 항소인 등에 대하여 소유권에 기한 아무런 청구권도 갖지 아니한다. 따라서 소외 윤오진의 권리를 행사하는 피항소인의 본소청구가 타당하지 아니한 점도 또한 저절로 명백하다.(생략) 따라서 피항소인의 청구를 인용한 원판결은 타당하지 아니하다(생략)"라고 설명하여 상고인의 청구를 배척하였다. 그러나 원래 본건 계쟁토지는 윤오진이 피상고인 김정규로부터 차금을 할 때에 매매명의로 담보로 제공한 것을, 아직 김정규로부터 윤오진에게 소유명의가 복귀하기 전에 상고인이 윤오진으로부터 매수한 것임은 제2심판결이 확정하는 바와 같다. 따라서 우선 명의이전의 순서로서 김정규는 그 채권의 변제를 받은 이상은 당해 토지를 윤오진의 명의로 복귀시킬 의무가 있다. 그리고 윤오진은 매수인인 상고인에게 매매로 인한 소유권이전의 절차를 이행하여야 할 이치가 됨은, 권리·의무의 관계상 당연한 절차순서이다. 따라서 상고인은 당해 토지의 명의변경의 절차를 윤오진에게 강제할 방법으로서 먼저 윤오진을 대위하여 김정규에 대하여 윤오진으로 복귀시킬 소권을 갖고 있음은, 자신의 권리보전의 방법으로서 민법 제423조 제1항에 의하여 향유하는 권리이다. 그럼에도 불구하고, 제2심은 이 법리를 간과하여 더 이상 윤오진은 본건 계쟁토지에 대하여 소유권을 상실한 것이므로 아무런 권리관계를 갖지 아니한다고 곡해한 것은, 심히 오판이라고 말하지 않을 수 없다. 부언한다면 윤오진은 김정규에 대하여 채무의 완제를 한다면 위 토지의 명의변경의 절차를 청구할 권리를 갖고, 김정규는 이에 응하여야 할 의무를 갖는다. 다음으로 윤오진은 당해 토지의 매수인인 상고인에 대하여 매매에 의한 권리이전의

증명절차를 하여야 할 의무를 지고, 상고인은 이를 청구할 권리를 갖는다. 이상과 같이 권리관계를 기초로 하여 소구한 본건을 만연히 윤오진이 아무런 권리관계도 없다고 하여 이를 배척하고 그 외에 이르지 아니한 것은, 이유불비의 판결이다.

살피건대, 원판결이 인용한 제1심판결의 사실적시에 의하면, 본건의 원고인 상고인의 주장사실은, 상고인은 1913년 8월 10일 소외 윤오진으로부터 동인이 피상고인 김정규에게 소유명의를 이전하면서 매매명의하에 저당으로 제공한 계쟁지를 대금 180원으로 매수하고 동인과 합의로 정한 위 대금 중 윤오진을 대신하여 원금 100원과 이자 12원을 김정규에게 지급하며 윤오진으로부터 김정규에게 제출한 문기류를 환수하고, 잔액 68원은 이를 윤오진에게 지급함으로써 계쟁지의 소유권을 취득하였다. 그런데 피상고인 2인은 계쟁지가 결수련명부상 김정규의 소유명의로 되어 있는 것을 기화로 하여, 오내형은 과거 윤오진으로부터 계쟁지의 소유권을 취득한 일이 없음에도 불구하고, 1914년 10월 10일경부터 앞의 같은 해 4월 15일 피상고인 2인 간에 계쟁지를 매매한 것과 같이 꾸며 토지매매명의하에 그 증명을 받았다. 그러나 당해 매매는 허위의 매매이므로 피상고인 2인에 대하여는 그 매매증명의 취소를 구하고, 나아가 피상고인 김정규는 윤오진에 대하여 계쟁지의 소유권 이전증명절차를 하라고 청구하기 위하여, 민법 제423조 제1항의 규정에 따라 본소를 제기하였다는 것이다. 따라서 위 주장사실에 의할 때에는, 계쟁지는 소외 윤오진으로부터 피상고인 김정규에 대하여 소위 신탁적 매도저당으로 한 것이고, 그 당사자 간의 내부관계에서는 소유권은 여전히 윤오진에게 존재한다고 하여도, 외부관계에서는 소유권은 피상고인 김정규에게 이전하는 것이므로 윤오진이 계쟁지를 상고인에게 매도하여도, 소유권은 바로 상고인에게 이전한다고 속단할 수 없다. 뿐만 아니라 가령 소유권은 상고인에게 이전한다고 하여도 윤오진이 피상고인 김정규에 대하여 채무를 변제한 때에는, 매도저당의 목적물인 계쟁지에 관한 소유명의를 자신에게 복귀시킬 수 있는 채권을 갖고, 피상고인 김정규는 이를 그 소유명의로 복귀하여야 할 의무를 부담함은, 이러한 신탁적 매도저당설정계약 중에 처음부터 당연히 포함된 권리관계이다. 따라서 가령 위 매도저당설장자가 그 목적물의 소유권을

달리 이전하여도 그 소유명의를 자신에게 복귀시킬 권리를 상실하는 것이 아니다. 만일 이를 상실한다고 하면 매도인으로서 인도 또는 등기나 증명을 하여 매수인으로 하여금 사실상 그 재산권을 행사할 수 있는 지위에 있게 할 의무를 이행할 수 없게 되기 때문이다. 따라서 윤오진에 있어서는 계쟁지에 관하여 그 소유명의를 자신에게 복귀시킬 채권을 가짐으로서, 동인이 이를 행사하지 아니할 때에는 채권자는 채권보전을 위하여 민법 제422조의 규정에 의하여 채무자를 대위하여 그 채권을 행사할 수 있다. 그런데 원판결이 소외 윤오진은 매매에 의하여 계쟁지의 소유권을 상실한 것이므로 그 이후에는 계쟁지에 관하여 피상고인 등에게 소유권에 기한 아무런 청구권도 갖지 아니한다고 하여 윤오진의 권리를 행사하는 상고인의 본소청구는 타당하지 아니하다고 한 것과 또 윤오진이 자신의 명의로 복귀시킬 채권을 행사할 수 있음을 간과함으로써 상고인이 민법 제423조의 규정에 기하여 제기한 본건 청구를 배척한 것은 위법하다. 따라서 피상고인 김정규와 같은 오내형과의 사이의 매매가 과연 허위의 의사표시에 기한 무효인 것인지의 여부의 점에 관하여는 설명을 할 필요가 없다고 하고, 그 매매증명취소의 청구를 배척한 것은 위법함을 면할 수 없다. 그러나 증명의 취소를 구하는 것은 즉 증명의 말소를 구하는 것임에 틀림없고, 증명의 말소는 증명명의인에 대하여 이를 구함으로써 족한 것이므로, 상고인이 매수인인 피상고인 김정규도 상대방으로서 증명의 취소를 청구한 것은 타당하지 아니하므로, 원판결이 상고인의 피상고인 김정규에 대한 매매증명취소청구를 기각한 것은 결국 정당하다. 따라서 이 부분에 대한 상고는 이유가 없으므로 기각하여야 하고, 위 이외의 부분에 대한 이유가 있으므로 원판결을 파기하며 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 사건을 원심으로 환송함이 상당하다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 상고는 일부는 그 이유가 있고, 또한 일부는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제447조, 제448조, 제453조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

101 토지소유권확인청구에 관한 건 〔대정5년민상제132호 1916년 8월 15일 판결〕

【판결요지】

1. 상대방이 소유권을 다투므로 상대방의 점유가 계약에 기한 대리점유임을 주장하여 단지 소유권의 확인만을 청구하는 것은 확인청구로서 부적법하지 아니하다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 방주일 외 3인
소송대리인 굴지상작(堀池常作, 호리이케)
복대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
【피상고인】 설인개 외 5인
소송대리인 임청작(林淸作, 하야시)

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건에 관하여 1916년 4월 21일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 사건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원심판결의 이유에 의하면 "본건에 관하여 50년간 계속하여 항소인[1]이 계쟁 산을 점유하고 있는 사실은 피항소대리인이 당원에서 이

---

1) 피고, 피상고인

를 자인하는 바이므로 확인의 소만으로는 특히 독립한 사법상의 이익이 존재한다고 인정할 수 없으므로 확인의 청구는 이익이 없어 배척한다”라고 하고 있다. 이것은 명백히 상고인(피항소인)[2)]이 진술한 사실에 부응하지 아니하는 단정이고, 사실 및 이유의 저어(齟齬)가 있는 불법한 재판이라고 믿는다. 왜냐하면, 원심 사실적시에 있는 것과 같이 상고인의 진술의 요지는, 본건 산은 지금으로부터 50년 전 임술(壬戌)경부터 산의 송지송엽(松枝松葉) 및 시초(柴草)를 보수로서 교부하고, 항소인(피상고인) 선대에게 산의 관리를 맡겨 항소인에게 이르게 하였다는 취지의 진술이고, 1916년 4월 17일의 변론조서에서도 동일한 취지, 특히 피항소인(상고인)은 항소인(피상고인)에게 본건 산을 관리해 주는 보수로서 소나무의 송엽 및 시초의 채취를 하게 한 것이라고 기재되어 있는 바이다. 요컨대, 본소 계쟁 산은 피상고인으로 하여금 상고인에 대신하여 관리시킨 사실, 즉 상고인은 피상고인으로 하여금 대신 점유시킨 사실을 주장한 것이고, 피상고인의 점유를 인정한 것이 아니다. 그렇다면 원판결은 당사자가 신청하지 아니한 사실을 이유 없이 확정한 것, 즉 계쟁 산의 점유를 오인하여 이에 대하여 확인소송의 이론을 원용한 것은 법률위배의 재판이다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 그 이유의 첫머리에서 급부의 소를 제기할 수 있는 경우에 있어서, 그 전제가 되는 확인의 소만을 제기하는 것과 같은 것은 확정된 사법상의 이익이 존재하지 아니하므로 이를 허용하여서는 아니 된다는 취지를 설시한 다음, “본건에 관하여 50년간 계속하여 항소인이 계쟁 산을 점유하고 있는 사실은 피항소대리인이 당원에서 이를 자인하는 바이므로 확인의 소만으로는 특히 독립한 사법상의 이익이 존재한다고 인정할 수 없으므로 확인의 청구는 이익이 없어 배척한다”고 단정하였다. 그런데 원심구술변론조서에 의하면 “피항소인 겸 소송대리인은 재판장의 질문에 대하여 아래와 같이 진술하였다. 본소의 산에는 산직(山直)은 두지 아니하고 피항소인은 항소인에게 본소 산에 생존하는 수목의 지엽채취를 허락하고, 본소 산의 수호를 하게

2) 원고

하였다. 즉 본소 산을 항소인에게 관리해 주는 보수로서 위 소나무의 송지 및 시초의 채취를 하게 한 것이다. 이것은 항소인 선대 때인 1862년 이래 행하여져 온 바이다"라고 기재되어 있는바, 피항소인 겸 소송대리인의 진술의 취지는 피항소인은 항소인에 대하여 일정한 보수를 지급하고, 항소인으로 하여금 피항소인을 위하여 계쟁 산을 관리시킨 것이라는 점이다. 즉 피항소인을 위하여 하는 관리는, 한편으로 피항소인의 점유를 표시함과 동시에 다른 한편으로 항소인의 점유를 부정한 것임에 틀림없다. 그런데 원판결은 위의 진술을 가지고 마치 피항소인이 항소인의 점유를 인정한 것과 같이 오인하여 판단을 내린 것은 부당하게 사실을 확정하고, 또한 점유에 관한 법칙의 적용을 그르친 불법이 있다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 본건 확인의 소에 있어서 법률상 독립한 이익이 존재하지 아니한다고 판단하였지만, 대리점유에 의한 물건의 관리는 처음부터 본인이 관리자에 대하여 물건의 인도를 한 사실이 존재하지 아니하므로, 후일에 이르러 본인이 관리자와 그 관계를 끊으려는 경우에 있어서는 단지 관리의 해제를 통고함으로써 족하고, 굳이 물건의 급부를 구할 필요가 발생하지 아니한다. 따라서 본건 소유권확인의 소는 후일 제기되는 급부의 소의 전제가 되는 것이 아니고, 소유권확인에 의하여 분쟁에 관계된 소유권의 귀속을 확정하여야 할 독립한 이익이 존재함은 자명한 이치이다. 그런데 원판결이 이에 반대되는 판단을 내린 것은, 확인소송의 성질을 오인한 불법이 있다.

따라서 본건의 사실관계를 조사하여 보건대, 원판결 및 그 인용의 제1심판결의 사실적시에 의하면, 원고인 상고인의 주장사실은 계쟁 산의 상고인 등의 9대조가 이를 소유한 이래 오늘에 이르기까지 상고인 등이 상고인 방주일 명의로 전승(傳承) 소유하고, 또한 점유하여 온 것인데, 당해 산의 동서 양측에 피상고인 등의 소유 산이 접속하여 있으므로, 피상고인 등은 위 상고인 등 소유 산의 송목시초를 수익하여 침해하였을 뿐만 아니라, 피상고인 등의 소유라고 하여 지적보고를 하고 당해 토지에 대한 상고인 등의 소유권을 부인함으로써 본소를 제기하였다. 다만 지금부터 50년 전 임술 때부터 산의 송지송엽 및 시초

를 보수로서 교부하고, 피상고인 등 선대에게 산의 관리를 맡김으로써 피상고인 등에게 이르게 된 것이라는 것이다. 피고인 피상고인의 주장사실은, 계쟁 산은 피상고인 등이 그 선조로부터 전래 소유하고, 또한 점유함으로써 상고인 등의 청구에 응하기 어려울 뿐만 아니라, 상고인 등은 피상고인 등이 점유하는 사실을 인정하는 이상은, 확인만의 청구는 각하하여야 한다는 것이다. 따라서 당사자 간에 있어서는 서로 소유권을 다툴 뿐만 아니라, 점유의 성질에 관하여도 역시 다툼이 있음은 명백하다. 그러나 위 상고인의 주장 중 산의 관리를 맡겼다는 것은 과연 피상고인 등으로 하여금 대리점유를 하게 한 것을 인정한 취지를 포함하는 것인지, 아니면 점유는 아직 이전하지 아니하였다는 의미로 주장한 것에 불과한 것인지 명확하지 아니하여도, 일단 위 주장은 상고인 등이 피상고인 등으로 하여금 대리점유를 하게 한 것을 인정하는 취지를 포함하는 것으로 가정하여도, 이것은 필경 관리를 맡긴 계약에 기하여 대리점유를 하게 한 것이 된다. 따라서 그러한 경우에 있어서는 단지 소유권만에 관하여 확인청구를 하여도 반드시 즉시 확정하여야 할 법률상의 이익을 갖지 아니한다고 단정할 수 없다. 왜냐하면, 관리를 맡긴 계약은 여전히 이를 존속시키고 단지 당사자 간의 소유권관계를 확정함으로써, 소유권자로서의 행동을 함에 있어 장래에 발생할 수 있는 다툼을 방지할 이익은 상고인을 위하여 실제로 존재하는 것이라고 말할 수 있기 때문이다. 이를 그 급부를 받는 것이 아니라면 완전하게 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 있어서, 그 급부청구를 할 수 있음에도 불구하고 그 전제가 되는 권리관계의 확정만을 청구해서 공연히 이중의 절차와 비용이 드는 경우, 예를 들어 소유물건을 침탈당한 사람이 그 물건의 반환을 청구하지 않고 단지 그 전제가 되는 권리관계의 확정만을 청구하여 1회의 소송에서 목적을 달성할 수 있는 것을 2회로 구분하여 제소할 수 있는 것과 같은 부적법한 청구와 동일시하여 단지 확인만의 청구를 할 수 없다고 논단하여서는 아니 된다. 즉 본건과 같은 것은 가령 상고인 등이 피상고인 등에 대하여 대리점유를 하게 하였음을 인정하고 있다고 하더라도, 그것은 원래 계약인 별개의 법률관계에 원인이 있으므로 피상고인 등이 소유권을 주장하여 서로 다투는 이상은, 급부청구를 하지 아니하고 단지 확

인만의 청구를 하여도, 즉시에 그 권리관계를 확정함에 있어서 법률상의 이익을 가짐은 명백하다. 따라서 상고인 등의 본건 확인청구는 적법하다고 말하여야 함에도, 원심에서 피상고인 등이 계쟁 산을 점유한 사실은 상고인 등이 인정하는 바이므로, 확인만의 본소 청구는 이익이 없는 것이라는 취지를 설시하고 상고인 등의 본건 청구를 배척한 것은, 가령 위 점유는 대리점유를 지칭한 취지라고 해석할 수 있다고 하더라도, 위법한 판결로서 원판결은 전부의 파기를 면할 수 없다. 이미 이 점에서 상고이유가 있으므로 나머지의 상고논지에 대한 설명은 이를 생략한다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 있으므로 민사소송법 제447조, 제448조에 의하여 원판결을 파기하고 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 사건을 원심으로 환송함이 상당하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

102 가독상속회복 및 민적등록말소절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제156호 1916년 8월 18일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서 호주가 본가를 떠나 분가의 호주가 되는 관습은 없다(상고이유 제1점).

1. 조선에서 장자가 혼인 후에 사망한 때에는 가통상 이미 제사상속을 한 경우와 동일하게 보고 세대에 포함시키는 관습이 있지만, 장자의 처가 장자사망 후 실행(失行) 개가한 때에는 그 장자를 불성혼과 동일하게 보고 가통을 이을 자격을 상실한다고 하는 관습이 없다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 경성지방법원

【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김동식
소송대리인 태명식
【피상고인】 이중옥

위 당사자 간의 가독상속회복 및 민적등록말소절차이행 청구사건에 관하여 1916년 5월 31일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

종래 조선의 법전은 물론 관습에서도 일가계통정리를 중시함과 동시에 일가평정안전을 기하기 위하여 일반적으로 입양이라는 것이 있는 이상, 만일 씨족의 부동(不同), 소목(昭穆)의 실서(失序), 윤강(倫綱)상 범죄 등의 양자로서 존류할 수 없는 만부득이한 사정이 없는 한은 모두 유효하다. 만일 형제 간 남자가 1명이라면, 그 남자 1명이 남자가 없는 쪽에 양자가 되어 실가와 양가의 봉사(奉祀)를 하는 것도 적지 아니하다. 따라서 본건 상고인이 김중일의 양자가 된 것과 같은 사례도 많다고 단언한다. 그런데 원판결은 항소인(상고인)[1]이 김중일의 양자로 선정된 사실이 있다고 하지만, 그 효력이 없음은 물론이고 중일은 전술한 것과 같이 남자의 후손 없이 사망하였으므로, 그 처인 피항소인[2]이 양자가 정하여지기까지 일시적으로 전호주의 호주상속재산상속을 하는 것이 관습상 명백하다고 단정한 것은, 너무나도 이론적인 면에 치우치고 종래의 관습의 채용에 오류가 있어 따를 수 없는 판결

1) 원고
2) 피고, 피상고인

이다. 양자가 정하여지기까지 일시적으로 상속을 하게 하는 것은 기정된 양자로 하여금 양자로서 일가의 평정을 이룰 수 없게 하는 것은 말할 것도 없다. 특히 부인의 독립생활은 심히 위험하고, 부인은 사람의 유혹에 빠지기 쉽다. 따라서 전술한 것과 같은 만부득이한 사정이 없는 한은 그 양자로서 유지존류시키는 관습은 이에 주시할 가치가 있는 바이고, 본건과 같은 경우에 과부인의 소를 허용하여 그 양자로 된 것을 배척하게 되면 일가평정생활을 파기하고 재산을 산일하며, 나아가 전국의 과부인의 강량발호(强梁跋扈)를 넓혀 그 영향이 사회에 미치는 것이 되어 참고 보고만 있을 수 없다. 삼사(三思)로 또한 삼은(三恩)을 중시한다 하여도 원판결은 필경 관습에 위반한 불법이 있다고 믿는다.

살피건대, 원판결의 이유를 보면, 원판결은 상고인은 본가의 제사상속인으로서 조부 김용진의 계통을 승계하여 호주가 되고, 피상고인의 망부(亡夫) 김중일은 피상고인과 결혼한 후 분가를 하여 분가의 호주가 된 것으로, 본가의 호주가 된 것이 아니라는 사실을 인정한 것에 그치고, 상고인이 분가인 김중일의 양자가 되었다는 사실은 처음부터 이를 인정하지 아니하였다. 뿐만 아니라 가정의 설시인 항소인(상고인)이 김중일의 양자로 선정되었다는 사실이 있었다고 하더라도 그 효력이 없음은 물론이라는 점도, 역시 위법한 판정이 아니다. 왜냐하면 조선에서 본가의 호주가 본가를 떠나 분가의 호주가 되는 관례가 존재함은 본원은 이를 인정하지 아니한다. 그렇다면 원심이 1901년 7월 11일 김용진의 사망에 의하여, 상고인은 같은 가를 상속하여 호주가 된 사실 및 분가호주인 김중일은 1915년 11월 8일 사망한 사실을 인정한 다음, 상기와 같이 상고인이 김중일의 양자로 선정된 사실이 있었다고 하더라도 무효라고 판정한 것은 상당하고, 소론과 같이 관습에 위반한 불법이 있는 것이 아니다. 따라서 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

을호증 중에 김중일의 전호주는 김용진이라는 취지의 기재가 있음은 원판결이 인정한 바이다. 또한 피상고인은 원심에서 감축하였지만 제1심에서는 제사상속을 포함하는 가독상속회복의 청구를 하였다. 이를 본다면 원래 김중일은 김용진의 가독상속인으로서 제사상속권을

이어받았음은 사실이고, 피상고인도 원래 인정하여 온 것임은 명백하다. 그렇다면 김중일의 피상속인인 김용진, 김용진의 상속인인 김중일 모두 사망한 이후 다른 문제에 의하여 이를 추궁타파할 수 없음에도, 원판결은 중일은 피항소인(피상고인)과 결혼한 후 용진가로부터 분가를 하여 호주가 되었다고 인정하여 상고인이 중일의 양자로 선정된 것을 배척하는데 급급하여 기정의 불가동(不可動)의 사실까지 번복한 것은, 심히 불법이라고 믿는다.

살피건대, 원판결의 이유를 보면, 원심은 을호증 중에 있어서의 김중일의 전호주는 김용진이라는 취지의 기재에 관하여는, 단지 형식상의 기재가 있음을 인정한 것에 그치고, 그 내용의 진실을 인정한 것이 아니다. 오히려 위 기재는 사실에 부합하지 아니한 것으로서 이를 배척하였음이 명백하다. 또한 피상고인은 제1심 이래 본소의 청구원인인 사실로서 진술한 바는, 피상고인의 망부(亡夫) 김중일은 1900년경 피상고인과 결혼하고 분가하여 일가를 창립한 다음 호주가 되고, 1915년 11월 8일 사망하고 남자가 없음으로 처인 피상고인이 가독을 상속하였다. 그런데 민적부 제정 당시 피상고인가의 민적부에 착오로 상고인이 김중일 및 피상고인의 실자장남으로서 등록된 관계상, 김중일의 사망에 의하여 민적부상에 있어서는 상고인이 김중일의 가독을 상속하고 김중일가의 호주가 된 것과 같은 기관(奇觀)이 보이고, 또한 상고인은 김중일의 가독을 상속하는 것은 상고인이고 피상고인이 아니라고 주장함으로써 본소를 제기하고, 가독상속의 회복을 구한 것임은 제1심의 구술변론조서 및 같은 판결서의 사실적시에 비추어 명백하다. 피상고인이 회복을 구하는 것은 분가인 김중일가의 가독으로서 본가인 김용진가의 가독이 아니다. 따라서 피상고인이 제1심에서 제사상속을 포함하는 가독상속의 회복을 청구하여도, 이로써 피상고인은 김중일이 김용진가의 가독상속인인 사실을 인정하였다고 말할 수 없음은 물론이다. 이에 더하여 피상고인은, 원심에서 제사상속에 관한 청구를 감축한 이유로서 김중일은 분가호주이므로 제사상속이 없고, 그 청구를 감축한다는 취지의 신청을 하였음에 비추어보아도, 피상고인은 김중일이 김용진의 가독상속인으로서 제사상속권을 이어받았음을 자인한 것이 아님은 명백하다. 그렇다면 원심이 상고인은 본가의 호주인

사실 및 김중일은 분가호주인 사실을 전제로 하여 가령 상고인이 김중일의 양자인 사실이 있다고 하여도, 그 효력이 없다는 취지를 판정한 것은 상당하고, 소론과 같은 위법이 있는 것이 아니다. 따라서 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

종래 조선의 관습상 부인이 개가를 허용하지 아니하므로 구한국 개국 503년(1894년) 해금된 후에도 그 관습이 인민의 뇌리에 남아 있고 불개가를 원칙으로 하며, 그 결과 성혼의 남자 사망 후 그 처가 실행(失行) 개가하였을 때에는 그 남자는 과거 성혼하지 아니한 것과 동일하게 되므로, 그 남자는 가통을 이어받을 자격을 상실하는 것이다. 원판결 이유 중 "대길은 용진의 장남으로서 혼인 후 사망한 이상은 호주인 용진에 앞서서 사망하였다고 하여도, 가통상 이미 제사상속을 한 경우와 동일하게 본다"고 판단하여 혼인 후 사망한 것을 전제로 하였다. 그 혼인이 이미 전제가 된 이상은 성혼의 남자사망 후 그 처가 실행 개가한 때에는, 그 남자는 불성혼과 동일하게 보고 가통을 이어받을 자격을 상실하는 관습이 존재함을 부정한 것은 이유상반되는 문제가 있고, 또한 존재하는 관습을 함부로 채용하지 아니한 위법이 있다.

살피건대, 조선에서 장자가 혼인 후에 사망하였을 때에는, 장자는 가통상 이미 제사상속을 한 경우와 동일하게 보아 세대에 포함시키는 관습이 존재함은 본원이 이를 인정하지만, 상기 장자의 처가 장자 사망 후 실행 개가한 때, 장자는 불성혼과 동일하게 보고 가통을 이어받을 자격을 상실한다는 관습이 존재하는 것은 본원이 이를 인정하지 아니한다. 따라서 원심이 후단의 관습을 인정하지 아니한 것은 상당하다. 그렇다면 후단의 관습이 존재함을 주장하여 원판결을 비난하는 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

103 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제158호 1916년 8월 22일 판결〕

【판결요지】

1. 채무의 인수는 채권자와 인수인 간의 계약으로 이를 하고 채무자의 승낙을 요하는 것이 아니다.

【제 1 심】 광주지방법원 정읍지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김영곤
소송대리인 김사준
【피상고인】 관원동지진(菅原東之進, 스가와라)

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 5월 27일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

타인의 채무를 인수하는 경우에는 전채무자와 후채무자 간의 계약에 의하여야 함은 성질상 한 점의 의문의 여지가 없다. 그리고 원판결은 이 점에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하고, 막연히 갑 제2호에 의하여 명백하다라는 이유로 피상고인(항소인)[1]의 청구를 용인하였다. 그러나 갑 제2호증에 의하면 신구채무자 간에 계약을 하였다는 취지

---

1) 원고

의 기재가 없을 뿐만 아니라, 이러한 취지를 추정할 수 있는 문의(文意)도 없다. 그렇다면 원판결은 이유불비의 판결임과 동시에 증거가 없는 사항을 인증한 불법이 있다.

그러나 채무인수는 채권자와 인수인 간의 계약으로 이를 할 수 있고, 특히 채무자의 승낙을 요하는 것이 아니다. 또 우리 민법에는 채무인수에 관하여 채무인수는 채무자와 인수인 간의 계약으로서는 할 수 없다고 하는 명문의 규정은 없다. 그리고 채무인수는 채권자와 인수인 간의 계약으로 이를 할 수 있다는 취지의 규정 역시 없지만, 민법 제514조의 규정에 의하면 채무자의 교체에 의한 경개는, 구채무자의 반대의 의사가 없는 한은 채권자와 신채무자와의 계약으로 이를 할 수 있고, 또한 같은 제474조의 규정에 의하면 이해관계를 갖지 아니하는 제3자라 하여도, 채무자의 의사에 반하지 아니하는 한은 채권자에 대하여 유효하게 채무의 변제를 할 수 있다. 위와 같은 법의로 추론한다면, 채무인수는 채무자의 의사에 반하지 아니하는 한은 채권자와 인수인 간의 계약으로 이를 할 수 있고, 특히 채무자의 승낙을 요하는 것이 아니라고 정하는 것이 상당하다. 이에 반하여 소론과 같은 채무인수는 구채무자와 신채무자 간의 계약에 의하여야 한다고 한다면, 구채무자로 하여금 채권자의 의사 여하에 관계없이 함부로 자신의 채무를 처분하는 것을 허용하게 되어 극히 부조리한 결과가 초래된다. 따라서 소론이 인용하기 부족함은 다언을 요하지 아니함이 명백하다. 그리고 원심구술변론조서에 의하면, 상고인[2]은 본건 원금의 채무인수를 한 사실은 이를 인정하고 단지 이자의 채무에 관하여 인수를 하지 아니하였다는 취지를 항변한 것에 그치고, 채무자 김건수가 본건의 채무인수에 대하여 반대의 의사를 표시하였다는 사실은, 상고인이 전혀 주장하지 아니하였으므로 원심이 갑 제2호증 즉 인수인인 상고인으로부터 채권자인 피상고인에게 제출된 채무인수증서에 기하여 본건 채무인수 계약의 성립을 인정한 것은, 상당하고 조금도 이유불비의 위법이 없다. 따라서 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439

2) 피고, 피항소인

조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

104 토지소유권확인 및 토지증명말소절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제141, 142호 1916년 9월 5일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제95조의 소위 법률행위의 요소의 착오는, 통상인을 표의자의 지위로 두고 합리적으로 판단하여 표의자가 의사표시의 내용에 관하여 착오가 없다면, 그 의사표시를 하지 아니하였다고 인정할 수 있는 경우에 있어서의 착오를 가리킨다. 따라서 매수인이 승낙한 대금을 지급할 진의가 없는 경우와 같은 것은, 매도인이 오신하였다고 하여도 법률행위의 요소에 착오가 있는 것이 아니고 매도의 의사표시를 하게 된 이유의 착오이다.

[참 조] 의사표시는 법률행위의 요소에 착오가 있는 때에는 무효로 한다. 단, 표의자에게 중대한 과실이 있을 때에는 표의자 스스로 그 무효를 주장할 수 없다(민법 제95조).

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 이우
소송대리인 이기찬
【피상고인】 윤덕홍 외 14인
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미)

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 토지증명말소절차이행 청구사건에 관하여 1916년 4월 13일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

상고인[1] 및 피상고인[2]에 관한 부분에 대하여 원판결을 파기하고 제1심판결을 폐기한다.

피상고인의 청구를 기각한다.

상고인 및 피상고인 간에 발생한 소송비용은 피상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은, 피상고인은 강한형이 대금지급의 의사가 없었음에도 불구하고, 동인의 사기에 빠져 매매증명완료증을 동인에게 교부하면 바로 대금의 지급을 받는 것이라고 오신하여 본건의 토지를 동인에게 매도한 것이라는 사실을 인정하고, "통상의 경우에 매매계약에서의 매도인의 주된 목적은 대금의 수수에 있으므로, 만일 매도인이 매수인에게 대금지급의 의사가 없음을 안 때에는, 매도인은 매매계약을 하지 아니한다고 볼 수 있으므로, 매수인의 대금지급의 의사는 매매계약에서의 요소라고 인정할 수 있다. 따라서 피항소인과 강한형과의 토지매매계약은 법률행위의 요소에 착오가 있는 것으로 민법 제95조에 의하여 무효인 계약이 된다"라고 설명하였다. 그러나 착오에 의하여 법률행위의 무효가 초래되려면, 그 법률행위의 목적에 착오가 있음을 요하고, 법률행위의 연유에 착오가 있는 경우를 포함하지 아니함은 논할 필요가 없는 바이다. 그리고 토지를 매도하는 자가 매수인에게 대금지급의 의사가 없음을 알지 못하고 대금지급의 진의가 있는 것으로 오신한 것과 같은 것은, 그 매도의 의사를 결정한 연유에 착오가 있는 것이고, 법률행위의 목적에 아무런 착오가 있지 아니하다{대심원명치41년(オ)제258호 판례 참조}. 따라서 본건의 피상고인과 강한형과의 사이에 있어서의 매매계약은, 그 요소에 착오가 있다고 논단할 수 없다. 원판결

---

1) 피고, 항소인
2) 원고, 피항소인

은 이 점에서 법률의 해석을 그르치고 부당하게 적용한 위법이 있으므로 파기를 면할 수 없다고 믿는다.

살피건대, 민법 제95조에서 의사표시는 법률행위의 요소에 착오가 있을 때에는 무효로 한다고 하는 규정이 있는 이유는, 표의자가 어떤 사실을 알았다면 그 의사표시를 하였을 것이라고 추측되는 경우에, 표의자의 의사와 의사표시의 내용과의 사이에 있어서의 예상하지 못한 불일치에 의한 의사표시를 무효로 함으로써, 의사표시의 효과가 발생되지 아니하게 한다는 점에 있다. 따라서 같은 조의 소위 법률행위의 요소의 착오란 어떠한 것인지를 결정함에 있어서는, 개개의 법률행위의 경우에 관하여 우선 표의자의 의사표시의 내용 여하를 고찰하여야 함은 당연하다. 그렇다고 하여도 이 주관적 표준에만 의할 때에는, 사소한 착오라 하여도 의사표시를 무효로 만들고 거래의 안전을 해치는 바가 있으므로, 이 주관적 표준에 제한을 가하고 통상인을 표의자의 지위에 두어 합리적으로 판단하여도 역시 동일하다고 인정되는 경우인지의 여부도 고찰하여야 한다. 환언하면 주관적 표준에 객관적 표준을 가하여 통상인을 표의자의 지위에 두어 합리적으로 판단하고, 표의자가 의사표시의 내용에 관하여 착오가 없다면 그 의사표시를 하지 아니하였을 것이라고 인정되는 경우에는, 그 착오는 법률행위의 요소의 착오이다. 본건에 관하여 원심이 확정한 사실은 "본건 계쟁지를 소외 강한형이 피항소인으로부터 매수하고, 그 후 이를 소외 현변이라는 자에게 유전당으로 제공하였으며, 기한만료 후 현변으로부터 다시 이를 항소인에게 매각하고 항소인이 매매증명절차도 이행하여 형식상 소유권이 전전된 사실은, 당사자 간에 다툼이 없는 바이다. 단, 당사자 간에 쟁점이 된 것은, 소외 강한형이 매매계약 당시 대금지급의 의사를 가졌는지의 여부, 달리 말하면 피항소인은 매수인의 대금지급의 의사를 매매계약의 요소로 한 것인지의 여부에 있다. (중략) 피항소인은 강한형의 토지매매증명완료증을 수취하고 바로 대금을 지급한다는 사언(詐言)을 오신하여 토지매매계약을 체결한 것이고, 당시 피항소인이 매수인에게 대금지급의 의사가 없음을 인식하고 있었다면 당해 계약을 하지 아니하였음을 인정할 수 있다"라는 것이다. 그러므로 그 확정한 사실에 의하면, 전술 주관적 표준에 적합한 경우임은 명백하다고

하여도, 통상인을 표의자의 지위에 두어 합리적으로 판단하여도 역시 동일하다고 인정할 수 있는 경우에 해당하는 것이라고는 말할 수 없고, 강한형에게 대금지급의 진의가 없었다는 것은, 이것이 있다고 오신한 피상고인이 본건 토지에 대한 매도의 의사표시를 하기에 이른 이유의 착오에 해당한다. 강한형의 매수의 의사표시는 대금지급의 진의가 없이 하였지만, 민법 제93조에 의하여 그 효력을 방해하지 못하므로, 피상고인은 매매계약의 성립을 주장하여 대금의 지급을 구할 수 있고, 또는 강한형이 대금지급의 진의가 있다는 것처럼 속인 점을 주장하여 사기에 의한 자신의 의사표시의 취소도 할 수 없다. 그런데 원심이 그러한 것과 같은 경우로 법률행위의 요소에 착오가 있는 경우라고 하고, 논지 소재와 같은 설시하에 상고인 패소의 판결을 한 것은, 의사표시에 있어서의 법률행위의 요소의 의의를 오해하여 민법 제95조를 부당하게 적용한 것이므로 논지는 이유가 있다. 따라서 원판결은 파기를 면할 수 없다. 본건에 관하여 원심이 확정한 사실은, 전항 기재와 같이 피상고인이 강한형에 대하여 한 계쟁토지매도의 의사표시는 강한형의 사기에 의한 의사표시이므로, 원심에서 피상고인은 강한형에 대한 의사표시에 의하여 그 취소를 한 것임을 주장한 일이 없고, 그 의사표시는 여전히 유효임을 잃지 아니한다. 따라서 강한형은 매매에 의하여 계쟁토지의 소유권을 취득한 것이 되고, 그리고 강한형은 그후 현변이라는 자에게 계쟁토지를 유전당으로 제공하고, 기한의 만료에 의하여 현변은 그 소유권을 취득하였으며 다시 이를 상고인에게 매각하고, 상고인은 매매증명의 절차도 이행하여 그 소유권을 취득한 사실이라면, 피상고인의 본건 청구는 타당하지 아니하고 기각되어야 함에도, 원심이 이를 인용한 것은 위법하다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 있고, 또한 원심이 확정한 사실에 의하여 재판을 하기에 충분하므로 민사소송법 제447조 제1항, 제451조 제1호, 제72조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

105 토지소유권확인증명말소 및 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제150호 1916년 9월 12일 판결〕

【판결요지】

1. 유전당계약이라는 것은 설정행위 또는 채무의 변제기 전의 계약으로 채무자가 변제기에 이르러 변제를 하지 아니할 때에는, 이것을 대물변제로 하여 전당권의 목적인 물권을 취득하게 하는 것을 약속하는 것을 말하므로, 부동산에 관하여 유전당계약을 체결하고 변제기에 이르러 변제를 하지 아니할 때에는, 당해 부동산의 소유권은 당연히 채권자에게 귀속한다. 따라서 채권자는 위 부동산의 소유권의 취득을 하지 아니하고 채무 본래의 이행을 청구할 선택권을 갖지 아니한다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 서병학
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모토)
【피상고인】 안윤오

위 당사자 간의 토지소유권확인증명말소 및 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 5월 9일에 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 사건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

유전당계약은 기한에 이르러 채무자가 채무의 지급을 하지 아니할 때에는, 채권자가 그 계약에 기하여 전당물의 소유권을 취득하고, 당해 채권을 소멸시킬 수 있는 효력을 갖는 것이므로, 특약에 의한 대물

변제의 성질을 띠는 것이라고 말하여야 한다. 따라서 기한경과라는 한 점에 의하여 당연히 전당물의 소유권이전의 효력이 발생하지 아니한다. 특히 유전당처분의 의사표시 즉 변제충당의 의사표시를 하여야 비로소 전당물의 소유권이전의 효력이 발생한다. 따라서 기한 후에 있어서 채권자가 유전당처분을 하지 아니하고 채무의 변제를 수령한 때에는, 전당물의 소유권은 여전히 채무자에게 있고 채권자에게 이전되지 아니한다. 그렇지 아니하다면 채권자는 전당물의 소유권과 채권의 변제를 모두 취득하고, 부당하게 이득을 얻기에 이르기 때문이다. 그런데 원심은 유전당계약은 기한에 이르러 채무자가 변제를 하지 아니할 때에는, 아무런 의사표시를 요하지 아니하고 당연히 전당물의 소유권이 채무자로부터 채권자에게 이전되는 효력이 발생하고, 가령 기한 후에 있어서 당사자가 채무의 변제를 수수하여도 기한경과와 동시에 전당물의 소유권은 채권자에게 이전하는 것과 같이 오해하였다. 이로써 판결문 중에 “상기 250원의 대차의 기한은 1912년 4월 1일임은 당사자간에 다툼이 없는 바이므로, 당해 기한의 경과와 동시에 계쟁지의 소유권은 유전당계약에 의하여 항소인[1]에게 이전되는 것임을 인정할 수 있다. 항소인이 기한의 전후에 수회 금 160여 원을 수령한 사실로 유전당계약의 존재를 부정하거나 유전당의 특약을 폐지한 것이라고 인정할 수 없다”고 판시한 것은, 유전당계약의 성질 및 효력을 오해한 불법이 있다.

추가상고이유는 다음과 같다.

원심은 “살피건대, 항소인은 1912년 2월 중에 금 250원의 대금은 현금으로 수수한 것이 아니고, 그 이전에 본건 계쟁지를 유전당으로 제공시키면서 대출금으로 하기로 한 것인바, 피항소인[2]이 변제하지 아니하여 이를 준소비대차로 경개하고, 새로운 대차에 관하여도 유전당계약을 한 것이라고 항쟁한다. 그리고 항소인의 주장이 진실임은, 증인 박재환의 증언에 의하여 진정으로 성립하였다고 인정되는 을 제5호증(상업장부), 당원에서의 증인 김홍준의 증언 및 원심에서의 김재

1) 피고, 피상고인
2) 원고, 상고인

형, 김선약 등의 각 증언을 종합하면 이를 인정할 수 있다”(생략), “상기 250원의 대차의 기한은 1912년 4월 1일임은 당사자 간에 다툼이 없으므로, 당해 기한의 경과와 동시에 계쟁지의 소유권은 유전당계약에 의하여 항소인에게 이전된 것임을 인정할 수 있다. 항소인이 기한의 전후에 수회 금 160여 원을 수령한 사실로 유전당계약의 존재를 부정하거나 유전당의 특약을 폐지한 것이라고 인정할 수 없다”고 판시하였다. 그러나 당해 판지는 아래의 이유에 의하여 불법이라고 믿는다. 원래 유전당계약은, 전당권설정행위에 부수하는 계약이고, 그 성질은 조건부 대물변제의 예약으로 게다가 채무자의 일방의 예약이다. 그리고 유전당계약이 채무자 일방의 조건부 대물변제의 예약인 결과로서, 채무자가 기한에 이르러 채무를 변제하지 아니하는 한 가지에 의하여 조건은 성취되므로, 채무자에게 있어서는 특히 전당물의 소유권을 이전할 의사표시를 할 필요가 없다. 그러나 그 상대방인 채권자는 이 예약 즉 유전당계약에 구속되지 아니하므로, 전당물의 취득을 원하지 아니할 때에는 그 소유권을 취득하지 아니하고, 어디까지나 채무 본래의 성질에 따라 목적물의 변제를 요구할 자유를 갖는다. 따라서 유전당계약 즉 대물변제의 예약은, 채권자가 전당물 취득의 의사표시를 한 때에 완결되고, 이 때에 이르러 비로소 채무소멸 및 소유권이전의 효력이 발생된다. 과연 그렇다면 채무의 변제기한 경과의 한 점에 의하여 전당물의 소유권이 채무자인 상고인으로부터 채권자인 피상고인에게 이전된다고 하는 원심소론은 오류라고 믿는다. 이상의 상고인의 논지로서 핵심을 찔러 본다면 채권자가 변제기한 경과의 전후에 채무자로부터 채무본래의 성질에 따라 채무의 일부변제를 수령한 때에는, 채권자는 유전당의 방법 즉 대물변제의 방법에 의하지 아니하고 변제를 수령한 것으로서, 유전당계약 즉 대물변제의 예약은 효력이 발생하지 아니한다. 전당물의 소유권은 여전히 채무자에게 있고 채권자에게 이전되지 아니할 뿐만 아니라, 채권자가 변제의 일부를 수령한 때에는 이후 유전당에 의하여 전당물의 소유권을 취득할 권리가 없기에 이른다. 특히 채권자가 변제기한 후에 이르러 채무의 일부변제를 받은 때에는, 대물변제의 예약인 유전당을 실행하지 아니하는 것이 가장 명백하므로, 전당물의 소유권은 기한 경과의 한 가지에 의하여 채무자로부

터 채권자에게 이전되지 아니함은 매우 명료하다. 그렇다면 기한경과와 동시에 계쟁지의 소유권은 유전당계약의 효력에 의하여 상고인으로부터 피상고인으로 이전되고, 기한의 전후에 있어서 상고인이 한 일부변제는 유전당계약의 존폐에 영향이 없다고 한 원판지는 불법이다. 이에 더하여 원판지와 같이 기한의 전후에 채무자로부터 채권자에게 한 변제는 유전당계약의 효력에 아무런 영향이 없다고 하면, 채무의 일부는 기한 전의 변제에 의하여 소멸됨에 불구하고, 다시 채무전부의 대물변제로서 전당물을 유입시켜 그 소유권을 취득하며, 나아가 기한 후(원판지에 따르면 유전당 후)에 이르러 다시 채무의 변제를 받게 된다. 이에 채권자인 피상고인은 2중 3중의 변제를 받게 된다. 그와 같은 불합리한 결과가 발생하는 이유는 유전당계약의 성질 여하를 규명하지 아니한 바로서, 필경 원판지와 같은 것은 유전당계약은 채권자가 전당물을 대물변제에 충당할 의사표시를 한 때에 비로소 전당물의 소유권이전의 효력이 발생하고, 기한경과의 한 점에 의하여 당연히 전당물의 소유권이전의 효력이 발생되지 아니한다. 따라서 기한의 전후에 있어서 일부변제를 수령한 때에는, 채권자는 전당물을 대물변제로 제공할 의사가 없음을 표시한 것이므로, 예약 즉 유전당계약은 자연소멸하게 됨을 망각한 논의이다. 만일 원판지와 같이 기한경과의 한 점에 의하여 당연히 채권은 소멸되고, 전당물의 소유권은 채권자에게 이전하는 것이라고 하여 채권자는 항상 채권액이 미치지 아니하는 전당물의 소유권을 취득하여야 하는 것에 이르러, 상당한 손해를 입기에 이른다. 요컨대, 원심이 기한의 전후에 있어서 일부의 변제가 있었는지의 여부에 불구하고, 유전당계약의 효력에 의하여 기한경과와 동시에 전당물의 소유권은 당연히 채권자에게 이전되는 것이라고 한 것은, 유전당의 성질 및 효력을 오해한 불법이 있다.

살피건대, 유전당계약이라는 것은 설정행위 또는 채무의 변제기 전의 계약으로 만일 채무자가 변제기에 이르러 변제를 하지 아니 할 때에는, 그 대물변제로서 전당권의 목적인 물권을 취득하게 하는 것을 약속하는 것을 말한다. 따라서 채무자가 자기소유의 부동산에 대하여 유효하게 유전당계약을 체결하고 변제기를 도과한 때에는, 당해 부동산의 소유권은 당연히 채권자에게 귀속되고, 특약이 없는 한 그 때에

특히 유전당처분의 의사표시 또는 변제충당의 의사표시를 함을 필요로 하지 아니한다. 또한 채권자가 당해 부동산의 소유권을 취득한 이상, 가령 당해 부동산의 가액이 채권액보다 많거나 적다고 하여도, 그 과잉액을 채무자에게 반환하거나 부족액을 채무자에게 청구하지 못하고, 또한 채권자가 당해 부동산의 소유권의 취득을 하지 아니하고 채무본래의 이행을 청구할 선택권을 갖는 것도 아니다. 그러나 기한 후에 이르러 일부변제로서 급부의 수수가 있었을 때에는, 이미 기한의 경과에 의하여 채권자가 당연히 유전당부동산의 소유권을 취득하고, 종래의 채무관계 일절이 소멸되어 버린 것과 상반되는 사실로서, 당사자의 의사에 의하여 (1) 채권자가 그 이미 취득한 부동산의 전부 또는 일부를 채무자에게 반환하여야 하는 특약하에 이를 수령한 경우도 있을 수 있고, (2) 단지 부당이득의 법칙의 적용이 있음에 그치는 경우도 있을 수 있으며, 또는 (3) 유전당계약의 기한을 신장하거나 그 효력을 폐지 또는 이를 제한하는 등의 경우도 있을 수 있다. 따라서 당사자의 의사를 심리하여 그 어느 경우인지를 판단하여야 한다. 그리고 본건에 관하여 원심이 확정한 사실에 의하면, 상고인은 미리 피상고인에 대하여 계쟁지를 유전당으로 제공하여 금전을 차용하고 있는바, 상고인이 변제를 하지 아니하므로 1912년 2월에 이르러 당사자 간의 계약으로 이를 준소비대차로 고치고, 원금을 250원으로 하고 변제기를 같은 해 4월 1일로 하여 이 새로운 대차에 관하여도 앞과 같이 유전당으로 제공하여 두었음에도, 상고인에게 완전한 변제를 하지 아니하여 기한을 경과함으로써 계쟁지의 소유권은 당해 기한 경과와 동시에 피상고인에게 이전한 것이라고 말한다. 또한 원판결의 사실적시에 의하면, 상고인은 당해 기한 전 즉 같은 해 2월 3일 60원의 일부변제를 하고, 당해 기한 후 즉 같은 해 7월 5일 67원 65전 5리, 같은 날 32원 39전 5리를 각각 일부변제를 하여, 피상고인은 각 일부변제로서 이를 수령하였음은 당사자 간에 다툼이 없다. 아울러 피상고인이 후일 그 잔액전부를 변제하면 이미 기한경과와 동시에 취득한 토지를 반환하여야 하는 약속을 하고, 그 약속하에 이를 수령하였지만, 상고인이 오늘에 이르기까지 잔액의 변제를 하지 아니하므로 당해 토지는 피상고인의 소유로 귀속된 상태이며 상고인에게 복귀된 것이 아니라고 말하고,

상고인은 그 약속이 있음을 다투었다. 따라서 만일 기한 후에 이루어진 상기 일부변제로서 위 약속하에 이루어진 것이라고 하면, 상기 (1)의 경우에 해당하고, 만일 그러하지 아니하고 이루어진 것이라면 상기 (2) 또는 (3)의 경우에 해당하게 된다. 따라서 기한 후에 이루어진 일부변제는 유전당계약의 기한 및 그 효력에 대하여 절대로 영향이 없다고 즉단할 수 없다. 그런데 원심은 그 점에 관하여 조금도 상기 어느 경우에 해당하는지를 판단하지 아니하고, 바로 "항소인이 기한의 전후에 있어서 수회 금 160여 원을 수령한 사실로서 유전당계약의 존재를 부정하거나 유전당의 특약을 폐지한 것이라고 인정할 수 없다"고 하고, 그 무엇 때문에 그렇게 되는지의 이유를 흠결함은 이유불비의 불법이 있음을 면할 수 없다. 따라서 논지는 이유가 있고 원판결은 파기를 면할 수 없다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 있고, 본건은 항소법원으로 하여금 다시 변론 및 재판을 하게 하여야 하므로 민사소송법 제457조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

106 등기말소청구에 관한 건
〔대정5년민상제140호 1916년 9월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 판결이 당사자의 신청과 부합할 때에는, 그 신청에 오류가 있어도 판결을 경정하여야 하는 것이 아니다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 이순경
소송대리인 삼도미사랑(森島彌四郞, 모리시마)

복대리인 삼포현장(三浦顯藏, 미우라)
【피상고인】 서돈순

위 당사자 간의 등기말소 청구사건에 관하여 1916년 4월 11일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결의 이유는 "조선부동산증명령 제39조에 의하면, 본령은 조선부동산등기령을 시행하는 지역에서는 이를 적용하지 아니한다고 한다. 조선부동산등기령 제5조 및 1914년 5월 1일로 발포된 총독부령 제51호의 규정에 의하면, 계쟁지의 소재지인 대구부(大邱府)에 있어서는 1914년 5월 1일부터 조선부동산등기령이 시행되고 있는 것이 명백하므로, 계쟁지에 관하여 소유권보존등기가 존재하고 있어도 소유권보존증명이 존재할 리 없음은 의문의 여지가 없다. 실제로 본건 당사자 간에 계쟁지에 관하여 소유권보존등기를 한 것은 다툼이 없는 바이므로, 별건에서의 피항소인 청구의 진의는 소유권보존등기를 말소하려는 것임은 명백하다. 그런데 대구복심법원 대정4년민항제21호, 고등법원 대정4년민상158호는 당사자 간의 토지소유권확인청구에서 피항소인이 소유권보존증명의 말소를 청구하는 취지를 표시한 것은 그 오류에 의한 것이고, 당해 법원이 당해 청구를 인용하고 그 취지를 판결 중에 기재한 것은 당해 법원이 피항소인의 오류를 답습한 것이며, 게다가 당해 오류는 민사소송법 제241조 제1항의 소위 현저한 오류에 해당하므로, 피항소인은 같은 조에 의하여 당해 법원에 대하여 당해 오류경정의 신청을 함으로써 소기의 목적을 달성할 수 있다. 과연 그렇다면 법률이 인용하는 구제수단에 의하지 아니하고 피항소인이 함부로 제기한 본소는 법률상의 이익이 없는 것이고, 피항소인의 청구는 기각하

여야 한다"고 한다. 그러나 민사소송법 제241조에 의하여 판결을 경정하는 것은 판결 중의 위산, 오기 또는 이와 유사한 현저한 오류가 있는 경우에 한정됨은 다언할 필요가 없는 바이고, 판결주문에 든 목적물이 당사자의 신청에 부합하는 경우에는, 가령 그 신청이 당사자의 오류에 의한 것이라고 하여도, 판결에는 아무런 오류가 없으므로 경정을 하여야 하는 것이 아니다. 대구복심법원 대정4년민항제21호 토지소유권확인 및 증명말소절차 청구사건에서 상고인이 본건의 토지 외 수필의 토지에 대하여 상고인에게 소유권이 있다는 확인을 구함과 동시에, 피상고인이 한 소유권보존증명의 말소절차를 하여야 함을 청구한 것은, 당해 사건의 항소장 및 본건에서의 원심 구두변론조서의 기재에 의하여 명백하다. 그리고 당해 법원은 그 신청과 같이 판결한 것이므로 당해 판결에는 아무런 오류가 없다. 따라서 오류가 있다고 하여 그 경정을 할 수 있는 것이 아니다(귀원 대정5년민항제2호 판결오류경정항고사건 결정을 참조하기 바람). 즉 원판결은 이 점에 관하여 민사소송법 제241조의 해석을 그르친 위법이 있다.

살피건대, 민사소송법 제241조에 의하여 판결을 경정하는 것은, 판결 중의 위산, 오기 또는 이에 유사한 현저한 오류가 있는 경우에 한정되므로, 판결주문에 든 목적물이 당사자의 신청에 부합하는 경우에는 가령 그 신청이 당사자의 오류에 의한 것이라 하여도, 판결에 아무런 오류가 없으므로 경정을 하여야 하는 것이 아님은, 본원 판례(대정5년민항제2호 1916년 5월 20일 판결 토지소유권확인 및 증명말소청구에 관한 건)가 제시하는 바이다. 그리고 본건 기록에 관하여 조사하면, 본건의 원고인 상고인의 청구는, 본건 토지는 이미 대구복심법원 대정4년민항제21호 당사자 간의 토지소유권확인 및 증명말소 청구사건에서 이를 피항소인의 소유라고 확인하고, 또한 항소인은 당해 토지의 소유권보존증명의 말소절차를 하여야 한다는 취지의 판결을 받고 항소인이 상고하였지만 1915년 7월 6일 기각되어 확정된 것이다. 그런데 위 소송에서 피항소인의 소송대리인은 항소인명의의 보존등기의 말소를 청구한 이유로 소유권확인의 점에 관하여는 집행을 마쳤지만, 보존증명말소의 점에 관하여는 등기부의 말소를 할 수 없으므로 다시 본소를 제기하고, 보존등기의 말소를 청구한다는 것이다. 상기 소송에서

원고는 피고에 대하여 계쟁지에 관한 소유권보존증명말소의 절차를 하여야 한다는 취지의 판결을 구하고, 법원은 위 원고의 청구를 인용하여 그 신청에 부합하는 판결을 한 것이므로, 그 판결에서는 아무런 오류도 없고 민사소송법 제241조에 의하여 경정을 허용하여야 하는 것이 아니다. 또한 상기 소송은 계쟁지의 소유권보존증명말소에 관한 청구이고 본소는 계쟁지의 소유권보존등기말소에 관한 청구이므로, 동일한 소송이 아님은 명백하고 법원은 이를 수리하여 원고가 주장하는 내용의 사실을 심리함으로써 그 청구의 당부를 판정하여야 함에도 불구하고, 원심은 이에 나가지 아니하고 전소의 판결은 오류에서 나온 것으로 민사소송법 제241조 제1항의 소위 현저한 오류에 해당하므로 피항소인은 같은 조에 의하여 당해 법원에 대하여 당해 오류경정의 신청을 함으로써 소기의 목적을 달성할 수 있는데 위 수단에 의하지 아니하고 함부로 제기한 본소는 법률상의 이익이 없는 소라고 하고, 이 점에서 상고인(피항소인)의 청구를 기각한 것은 타당하지 아니하며, 원판결은 파기를 면할 수 없다.

따라서 본건 상고는 이유가 있고 나머지 논지에 대한 설명을 생략하여 민사소송법 제447조, 제448조 제1항의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

107 가옥수거 및 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제151호 1916년 9월 29일 판결〕

【판결요지】

1. 동일인의 소유에 속하는 토지 및 가옥이 임의매매에 의하여 각 그 소유자를 달리하기에 이른 경우에, 그 가옥의 매매에 관하여 특히 가옥을 파괴하여 이를 철거하여야 하는 합의가 없는 한, 가옥의 소유자는 그 토지상에 지상권을 취득하고, 토지의 소유자는 그 권리에 기

하여 가옥의 소유자에 대하여 그 철거를 강요할 수 없음은 조선에서의 일반적인 관습이다.

1. 위와 같은 경우에 지상권의 기한 및 지대 등에 관하여는 우선 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정하여야 하고, 그 협의가 이루어지지 아니한 경우에 비로소 법원에 출소하여 그 확정을 구할 수 있음은 역시 조선에서의 일반적인 관습이다.

1. 위의 조선에서의 일반관습은 강제경매에 의하여 종래 동일한 소유자에게 속하는 토지 및 가옥이 각각 별개의 소유자에게 속하게 된 경우에도, 그 적용이 있다.

【제 1 심】 대구지방법원 안동지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 황종육
소송대리인 현석건
복대리인 권혁채
【피상고인】 내등정길(內藤貞吉, 나이또)

위 당사자 간의 가옥수거 및 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 5월 4일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 중 그 나머지의 손해배상의 청구는 이를 기각한다고 하는 부분 및 소송비용 중 인지대 8원 60전은 항소인[1]의 부담으로 한다는 부분을 제외하고, 그 나머지 부분을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

1) 원고, 피상고인

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심에서는, 피항소인[2)]은 가옥이 존재하는 토지를 매수한 자는 그 지상의 가옥철거를 요구할 권리가 없고, 가옥소유자는 여전히 당해 지상에 그 가옥을 보존할 권리를 갖는다는 관습이 존재한다고 주장하지만, 그러한 관습의 존재는 당원이 인정하지 아니하므로, 관습에 기하여 항소인 소유의 본건 대지상에 피항소인 소유의 가옥을 보존할 권리가 있다는 항변은 시인하기 어렵다고 판정하였다. 그러나 1909년 12월분 원법전조사국에서 조사한 민사 상사에 관한 조선관습의 개요 별책 통편찬의 제34조 지상권에 관한 관습에 의하면, 가옥에 관하여 지주의 선매권(先買權)을 인정하는 것과 같은 관습이 없다. 또한 이러한 차지권은 이를 제3자에게 대항할 수 있으므로, 토지의 소유자에 변경이 있어도 신소유자에 대하여 그 차지권을 주장할 수 있다. 그리고 차주가 건물을 양도한 경우에는 그 차지권은 건물의 소유권에 수반하여 이전하고, 양수인은 당연히 그 차지권을 승계한다. 따라서 원심판정은 조선의 관습을 채용하지 아니한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 동일인에게 속하는 토지 및 가옥이 임의매매에 의하여 각 그 소유자를 달리하게 된 경우에, 그 가옥의 매매에 관하여 특히 가옥을 파괴하여 이를 철거하여야 하는 합의가 없는 한, 당사자는 모두 가옥을 현상의 상태로 그 지상에 존속시키려는 의사가 있었던 것으로 인정되므로, 그러한 경우에 가옥의 소유자는 그 토지에 지상권을 취득하고, 토지의 소유자는 그 권리에 기하여 가옥의 소유자에 대하여 그 철거를 강요할 수 없음은 조선에서의 일반적인 관습이다. 그와 같은 관습에 의하여 취득한 지상권의 기한 및 지대 등에 관하여는, 우선 가옥의 소유자와 토지의 소유자와의 협의에 의하여 이를 정하여야 하고, 그 협의가 이루어지지 아니하는 경우에 비로소 법원에 출소하여 그 확정을 구할 수 있음은 이 역시 조선에서의 일반적인 관습이다. 그리고 가옥은 토지에 정착함으로써 그 효용을 다하고 또한 그 가액을 보유하는 것이므로, 당사자가 그 철거의 합의를 하지 아니하고 가옥으로서 여전히 이를 존속시킨다는 의사가 있다고 인정되는 경우에, 토지소

2) 피고, 상고인

유자 일방의 의사에 의하여 가옥의 소유자로 하여금 이를 파괴하여 철거시키는 것은, 국가경제상으로 보아도 매우 불이익하다. 이와 같은 경우에는 이를 가옥으로서 보존하는 것은 오히려 공익에 적응하는 것이므로, 전술한 관습은 조금도 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하지 아니함은 물론, 법령의 규정이 없는 사항에 관한 것이므로 이를 조선에서의 하나의 관습법이라고 볼 수 있다. 또한 강제경매에 의하여 종래 동일한 소유자에 속하는 토지 및 가옥이 각각 별개의 소유자에게 속하게 된 경우에도, 상기 관습법의 적용을 제외하여야 하는 이유가 조금도 없으므로, 당해 관습법은 경매의 경우에도 그 적용이 있음은 두말할 필요가 없는 바이다. 그리고 원판결 및 원판결이 인용하는 제1심 판결의 사실적시에 의하면, 원고인 피상고인은 1915년 8월 27일 본건 대지 2두락을 안동지청의 강제경매에서 경락허가결정을 받고 그 소유권을 취득한 것인바, 피고(상고인)는 아무런 권한이 없음에도 불구하고 당해 지상에 가옥을 보유하고 있으므로 재삼 그 수거를 요구하고, 또한 그 불법점거에 의하여 원고에게 발생한 1개월 6원의 비율에 의한 손해금의 배상을 구하여도 이에 응하지 아니하므로, 본소 청구에 이르게 되었다고 주장하였다. 피고인 상고인은 이에 대하여 본건의 대지 및 가옥은 원래 윤수진의 소유였던 바 강제경매의 결과 대지는 원고에게 가옥은 소외 배희직에게 각각 경락되어, 피고는 같은 배희직으로부터 당해 가옥을 매수하여 그 소유자가 된 것이고, 원고는 위 대지 경매시 지상에는 가옥이 존재함을 숙지하면서도 이를 경매한 것이므로, 당시 원고의 의사는 가옥은 그대로 존속시키는 것이었다고 인정할 수 있다. 뿐만 아니라 예로부터 조선에서는 가옥이 존재하는 토지를 매수한 자는 가옥의 철거를 요구할 권리가 없고, 가옥의 소유자는 여전히 당해 지상에 그 가옥을 보유할 권리를 갖는 관습이 존재한다는 취지의 항변을 한 것이다. 그 상고인 항변의 요지는 본건 토지 가옥은 원래 윤수진의 소유에 속한 바, 강제경매의 결과 각각 그 소유자를 달리하기에 이른 것으로, 그 경매 당시 원고(피상고인)가 본건 가옥은 종래대로 그 지상에 존속시킬 의사가 있고, 피고(상고인)는 관습상 당해 지상에 그 가옥을 보유할 권리를 취득하였다는 취지이므로, 본소의 당부를 판단하려면 본건 토지 및 가옥이 원래 윤수진의 소유였지만

강제경매의 결과 피상고인 및 배희직에게 각각 경락되고, 상고인은 배희직으로부터 그 가옥을 매수하여 그 소유권을 취득하였다는 사실을 확정하는 것으로 충분하지 아니하고, 나아가 본건 가옥의 경매는 그 경락인이 이를 파괴하고 철거하여야 하는 취지하에 행해진 것인지의 여부를 심사할 필요가 있다. 만일 그 가옥의 경매가 경락 후 경락인이 이를 파괴하고 철거하여야 할 취지에 의하여 행하여진 때에는, 배희직은 설령 본건 가옥의 경락인이더라도 원래 본건 토지에 가옥을 보유할 아무런 권리도 취득한 것이 아니므로, 같은 사람으로부터 당해 가옥을 매수한 상고인도 역시 본건 피상고인의 청구를 거부할 권리가 없다. 이에 반하여 그 경매가 상기와 같은 취지가 아니라 가옥의 경락인은 종래대로 이를 그 토지에 존속시키는 취지에 의하여 행하여진 때에는, 가옥의 경락인인 배희직은 본건 가옥의 경락과 동시에 상기 관습법에 따라 당연히 당해 토지에 지상권을 취득하고, 토지의 경락인에 대하여도 이를 대항할 수 있다. 그리고 지상권에 기하여 타인의 소유지 상에 가옥을 소유하는 자가 그 가옥을 매각한 때에는, 통상 당해 지상권도 동시에 양도한 것으로 보는 것이 상당하므로, 배희직으로부터 본건 가옥을 매수한 상고인도 역시 가옥의 매매와 동시에 그 지상권을 양수한 것으로 인정할 수 있으므로, 상고인은 그 권리이전에 관하여 등기 또는 증명이 존재하지 아니하기 때문에 피상고인에 대하여 이를 대항할 수 없는 경우는 별개로 하고, 그러하지 아니한 한은 피상고인에 대하여 당해 지상권을 주장하고 본건 청구를 거부할 수 있음은 논할 필요가 없다. 그렇다면 원심이 단지 본건 토지 및 가옥은 모두 윤수진의 소유였지만, 강제경매의 결과 토지는 피상고인에게 가옥은 소외 배희직에게 각각 경락하고, 그 후 상고인은 그 가옥을 배희직으로부터 매수하여 그 소유권을 취득하였으며, 토지와 가옥이 각각 소유자를 달리하게 된 사정을 확정하였을 뿐, 본건 가옥은 경락인으로 하여금 경락 후 이를 파괴하고 철거시킨다는 취지하에 경매에 붙여진 것인지의 여부의 사실을 확정하지 아니하고, 바로 상고인 주장에 관계된 가옥이 존재하는 토지를 매수한 자는 그 지상의 가옥의 철거를 요구할 권리가 없고, 가옥의 소유자는 여전히 당해 지상에 그 가옥을 보유할 권리를 갖는다는 관습의 존재는 이를 인정하지 아니하는 취지를

설시하여, 상고인의 항변을 배척하고 피상고인의 청구를 인용한 것은 타당하지 아니하다. 본 논지는 이유가 있고 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건은 계속 변론 및 재판을 하게 할 필요가 있음은 위와 같은 설명에 의하여 명백하므로, 본건은 이를 원법원에 환송함이 상당하고, 또한 이 점에서 원판결을 파기하는 이상은 그 밖의 논지에 대하여 따로 설명을 할 필요가 없다고 인정하여 그 설명을 생략하고, 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

108 급료 및 체당금청구에 관한 건
〔대정5년민상제162호 1916년 9월 29일 판결〕

【판결요지】

1. 채권추심을 목적으로 하는 신탁적 채권양도를 한 때에는, 그 양수인은 채무자에 대하여 보통의 채권양도가 있었던 것과 동일하게 그 채권을 유효하게 행사할 수 있다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 서상용
【피상고인】 고리창길(高梨倉吉, 다까나시)

위 당사자 간의 급료 및 체당금 청구사건에 관하여 1916년 5월 18일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

상고인(항소인)은 가령 소외 우상건 및 홍학성에 대하여 채무가 있다고 하여도, 같은 사람 등으로부터 피상고인(피항소인)이 채권양도를 받았다는 점은 실질상 양도가 아니고, 따라서 본소 당사자로서는 채권·채무의 관계를 갖지 아니한다고 항변하고, 피상고인은 당해 채권양도는 채권추심을 위하여 이루어진 형식이지만, 법률상 소위 양도임을 상실하지 아니한다고 말하였다. 이 점은 사실적시에 결여되어 있다고 하여도, 변론조서 및 판결 이유에서 이를 인정할 수 있다. 즉 원판결의 판단은 피항소인의 주장을 시인하고, 홍학성, 우상건의 증언에 의하여 이를 보면 채권추심을 위하여 이루어진 것이라고 하여도, 양도라는 점에 다를 바가 없다고 하고 항변을 배척한 것은, 법률위배의 재판이라고 믿는다. 왜냐하면, 민법 제466조의 소위 채권은 이를 양도할 수 있다는 것은 실질상의 채권을 말하는 것은 물론이다. 추심을 위하여 채권양도의 형식을 취하였다는 사실은 바로 사실상의 대리위임의 관계가 발생하는 것이고, 단연코 채권의 양도가 아니다. 진정한 채권양도가 행하여진 경우에 있어서의 법률상의 관계는, 채권양도에 의하여 바로 권리의 득실이 발생하는 것이고, 채권자가 추심의 편의에 의하여 형식상 법률관계를 양도로 가장하여 하는 양수인의 청구는 여전히 양도인의 추심행위에 불과하며 진정한 대리행위임에 불과하다. 채권양도와 채권추심대리는 엄연하고 명확하게 이를 구별할 필요가 있다. 즉 우, 홍 양인은 피항소인(피상고인)으로 하여금 자신을 위하여 채권을 추심시킨 소송행위에 관하여 스스로 증인으로서 선서증언을 하는 것과 같은 것은 매우 위험한 행동이고, 법률상 증인으로서의 자격이 없다고 말하여야 한다. 실제로 홍학성은 을 제3호증과 같은 본안 주장의 사실에 반하여 항소인(상고인)이 주장하는 사실 즉 자기(磁器) 회사에 고용된 서기임을 증언하는 것에 반대하고, 또는 회사에 대하여 급료를 요구한 문서가 회사의 기록에 편철되어 있는 사실을 부정하는

것과 같은 모순된 진술을 하면서까지, 본소의 승소를 열망하는 기이한 광경을 보여 주었다. 필경 자신의 채권을 추심하기 위하여 피항소인(피상고인)이 승리하도록 증언하는 것과 같은 것은 엄격한 법률규정을 멸시하는 것이 아니고 무엇인가. 원인의 부정은 부정의 결과를 보여주는 것은 당연하고 결국 원심판결이 법률을 부당하게 적용한 위법은 면할 수 없다.

살피건대, 신탁행위란 당사자가 소기의 목적이 달성되는 것을 확실하게 하기 위하여 특히 목적 이상의 효력이 발생하는 법률행위를 하는 것을 말하는 것이므로, 그 행위는 가장의 법률행위가 아니다. 당사자의 진의에 의한 것이므로 유효임은 물론이다. 본건에서의 원판결의 이유를 보건대, “다음으로 홍학성, 우상건이 상기 급료의 청구권을 피항소인에게 양도하였음은 갑 제1호증 및 원심 증인 홍학성, 우상건의 증언에 의하여 명백하고, 채권추심을 위하여 한 것이라고 하여도, 양도라는 점에 다를 바가 없다”고 하고 있고, 채권자인 홍학성, 우상건은 채권추심의 목적으로 진의에 기하여 그 채권을 피상고인에게 양도한 것이므로, 그 양도는 유효하고 피상고인과 채무자인 상고인과의 사이에 보통의 채권양도와 다를 바가 없다는 취지라고 해석하여야 한다. 즉 원심은 채권자인 홍학성, 우상건과 피상고인과의 사이에 채권추심을 목적으로 하는 신탁적 채권양도의 사실이 있다고 인정한 것이고, 상고인 소론과 같은 상기 채권자가 추심의 편의에 의하여 형식상 법률관계를 양도로 가장하였다는 사실을 인정한 것이 아니다. 그리고 원심인정과 같은 신탁적 채권양도의 경우에 있어서는, 내부관계 즉 양도인과 양수인과의 사이에 있어서는 양수인은 채권추심의 목적 이외에 걸쳐 채권의 행사 또는 처분을 할 수 없는 자라고 하여도, 외부관계 즉 양도인 및 양수인과 채무자 그 밖의 제3자와의 사이에 있어서는 보통의 채권양도와 조금도 다를 바가 없다. 양수인은 채권을 취득하고 채무자에 대하여 그 채권의 행사를 할 수 있으므로, 원심이 본건 채권의 양수인인 피상고인의 채권행사를 유효라고 인정하고 그 청구를 인용한 것은 상당하며 본 논지의 전단은 이유가 없다. 다음으로 홍학성, 우상건은 본건의 채권을 피상고인에게 양도한 것이고, 본건 소송의 성적에 직접 이해관계를 갖는 자임은 물론이지만, 그와 같은 자라고 하

여도 법원은 선서를 하게 하여 참고를 위하여 이를 신문할 수 있음은 민사소송법 제310조가 명정하는 바이므로, 원심이 위 양인을 참고를 위하여 신문한 것은 적법하고, 조금도 비난하여야 하는 것이 아니다. 그리고 참고를 위하여 신문한 증인의 진술이라 하여도 이를 채용하는 지의 여부는 어디까지나 원심의 직권에 속하므로, 원심이 위 양인의 진술을 채용하였다고 부당하다고 하는 논지는, 원심직권의 행사를 비난하는 것이고 상고 적법의 이유가 없으므로, 본 논지 후단도 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

109 토지소유권확인 및 증명말소절차청구에 관한 건 〔대정5년민상제179호 1916년 10월 3일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서 1897년 내지 1901년경 여자가 처 또는 첩으로서 부(夫)와 동거하는 경우에, 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것은 이례적인 사실이다(상고이유 제6점).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 이보광화
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보) 외 2인
【피상고인】 상전승장(上田勝藏, 우에다) 외 2인

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 증명말소절차 청구사건에 관하여 1916년 6월 8일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로

부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 본건 계쟁토지에 관하여 원소유자 박규병, 곽인백과의 매매에 있어서의 매수인은 항소인 이보광화(상고인)1)이고, 또한 피항소인 한규용(피상고인)2)의 실부 한재욱이라는 중요한 쟁점을 판단함에 있어, 항소인이 원용한 원심 증인 임시하, 같은 곽인백의 증언을 배척하고 그 이유로서 "(전략) 당시 항소인의 부(夫) 재욱은 병약하여 가사를 보는 것을 싫어하고 항소인이 주로 가사처리를 하고 있었으므로 그 외관적 사태를 포착하여, 갑 제1, 2호증 기재의 토지는 항소인이 매수한 것이라고 속단하였을 뿐만 아니라, 그 당시의 풍속상 부녀로서 특유재산을 갖는 것은 오히려 이례적인 일이라는 현저한 사실을 참조하여 이를 본다면, 같은 증언은 반드시 일의 진상을 밝힌 것이라고는 인정하기 어려우므로, 이러한 증언에 의하여는 항소인이 갑 제1, 2호증에 기재된 토지 즉 계쟁지의 매수인으로서 소유권을 취득한 것이라고 단정할 수 없다"고 설시하였다. 또한 원판결은 항소대리인이 당사자 간에 계쟁토지에 관한 문권으로서 다툼이 없는 갑 제1, 2호증을 항소인이 실제로 보유하는 사실에 의하여, 항소인이 계쟁토지를 매수한 증거라고 주장한 것에 대하여 "또한 앞의 인정과 같이 항소인이 재욱과 오래 동거하고 항소인이 주로 가사처리를 하고 있었던 사실에 의하여 볼 때에는, 항소인이 보관하는 서류는 모두 항소인의 소유에 속한다고는 인정하기 어렵다"고 설시하여 당해 주장을 배척하였다. 즉 원판결은 "항소인은 그 부(夫) 재욱과 오래 동거하고 재욱은 병약하여

---

1) 원고
2) 피고

가사를 보기 싫어하여 항소인이 주로 가사처리를 하고 있었다”라는 사실을 전제로 하여 이 전제사실에 기하여 상기의 중요한 쟁점을 판단한 것이다. 그러나 원판결의 소위 “항소인이 주로 재욱의 가사처리를 하였다”라는 사실은 전적으로 원판결의 독단에 의한 인정이고, 당해 사실의 인정에 대하여 아무런 증거 및 이유를 설시하지 아니하였다. 원판결문 중 단지 “전략 살피건대 항소인의 한재욱과의 신분관계는 잠시 놔두고 양인이 오래 동거하고 있었음은, 항소인이 인정하는 바이고 성립에 다툼이 없는 갑 제11호증(현원경 조서) 중의 재욱이 사망 5일 전 이보광화에 대하여 너는 40년이나 동거하였다고 말하였다는 진술기재를 종합하면, 본안 계쟁토지에 관하여 상기 박, 곽으로부터 소유권이전이 이루어진 당시는 한재욱과 항소인과의 동거가 이미 오래 경과되었음을 인정할 수 있고, 나아가 성립에 다툼이 없는 을 제13호증 기재의 진술에 의하면 재욱은 병약하여 가사를 돌보는 것은 심히 드문 일임을 인정할 수 있다”라고 설시하고 있다. 그러나 당해 설시는 한재욱과 항소인은 오래 동거하였던 점 및 재욱은 병약하여 가사를 돌보는 것이 심히 드문 일인 점을 증명할 수 있는데 그치고, 항소인이 주로 재욱의 가사처리를 하였다는 사실에 대하여 아무런 증거력을 갖는 것이 아니며, 또한 아무런 이유를 설시한 것이 아니다. 과연 그렇다면 원판결은 전적으로 독단적으로 인정한 사실을 기본으로 하여 중요한 쟁점을 판단한 것이고, 실로 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 원판결은 항소인(상고인)이 인정한 한재욱 및 항소인 양인이 오래 동거하고 있었다는 사실 및 성립에 다툼이 없는 갑 제11호증의 기재에 의하여 본안 계쟁토지가 그 소유였던 박규병, 곽인백으로부터 소유권이전이 이루어진 당시에는, 한재욱과 상고인과의 동거가 이미 오래 경과되었다는 점, 또한 성립에 다툼이 없는 을 제13호증 기재의 진술에 의하여 한재욱은 병약하여 가사를 돌보는 것이 심히 드문 일임을 인정한 것이고, 위 원판결이 원용하는 각 증거에 의할 때에는 상기와 같은 사실을 인정할 수 있다. 그리고 상고인 및 한재욱의 양인이 한 집을 이루고 동거하였는데, 그 동거자의 1인인 재욱이 병약하여 가사를 돌보는 것이 드문 경우에는 다른 1인인 상고인이 주로 그 가사처리를 하였다고 일응 추정할 수 있으므로, 원심이 상기 인정 사

실로부터 추론하여 상고인이 주로 그 가사처리를 한 것이라고 인정한 것은 상당하다. 위 사실의 인정은 증거에 의하지 아니하는 가공의 인정이 아니다. 또한 원심이 이로써 소론과 같은 증인 임시하 및 곽인백의 진술 및 상고인이 갑 제1호증, 같은 제2호증의 문권을 보유한 사실에 의하여, 상고인이 본건 계쟁토지를 매수한 증거로 하기에 충분하다는 취지를 상고인의 주장을 배척한 사유로 한 것은, 원심의 증거의 취사 판단, 사실인정에 관한 직권을 행사한 것이고, 원판결에는 소론과 같은 불법이 없으므로 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은, "항소대리인은 당사자 간에 계쟁토지에 관한 문권으로서 다툼이 없는 갑 제1, 2호증을 항소인이 실제로 보유하고 있는 사실에 의하여, 항소인이 계쟁토지를 매수한 증거가 되는 것처럼 주장하지만, 을 제9호증의 11의 사본은 갑 제2호증의 문권에, 또한 을 제9호증의 15의 사본은 갑 제2호증의 문권에 감긴 대지(帶紙)이고, 또한 그 대지의 필적은 재욱의 필적임은 항소인이 자인하는 바라는 것과 또한 앞의 인정과 같이 항소인이 재욱과 오래 동거하고 항소인이 주로 가사처리를 하였던 사실이라는 것에 의해 볼 때에는, 항소인이 보관하는 서류는 모두 항소인의 소유에 속한다고 인정하기 어렵다. 그렇다면 갑 제1, 2호증인 계쟁토지의 문권을 항소인이 보유하고 있는 일은, 아직 같은 호증 기재의 토지 즉 계쟁토지가 항소인의 소유라고 인정할 증거가 되기에 충분하지 않다"는 취지를 판시하였다. 보통 토지의 문권은 소유권의 귀속을 증명하는 유일한 문서이고, 문권의 점유는 소유자가 가장 중요시하는 사항이다. 이것은 오래 전부터 오늘에 이르기까지 조선인 간에 행하여 온 관습이다. 그렇다면 본건에서 항소인이 계쟁토지에 관한 갑 제1, 2호증의 문권을 점유하는 것은 유력한 반증이 없는 한, 이에 의하여 항소인으로서 계쟁토지의 소유자라고 인정하여야 한다. 원판결은 당해 문권에 감긴 대지의 필적이 한재욱의 필적인 것과 항소인이 주로 가사처리를 하였다는 사실에 의하여, 상기 문권은 항소인의 소유에 속한 것이라고 인정하기 어렵다고 설시하였다. 그러나 대지라는 것은 단지 다수의 문권을 보관하는 편의상 이를 일괄하고 그 분란을 방지하기 위하여 감는 것에 그치고, 아무런 권리의 귀속을 표

명하는 것이 아니다. 대지는 소유자가 타인으로 하여금 이를 감게 하고, 이에 표시가 되는 문자를 기재하게 하는 것이 보통의 사례에 속하므로, 본건 대지가 한재욱이 감은 것이고 또한 그 필적이 같은 사람의 필적이라는 사실에 의하여, 항소인의 문권점유로부터 발생하는 소유권의 추정을 타파하는 효력을 갖는 것이 아니다. 또한 항소인이 재욱과 오래 동거하고 주로 가사처리를 하였다는 사실은, 제1점 소론과 같이 아무런 증거에 기하지 아니한 판단이므로, 결국 원판결은 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 상고인이 한재욱과 오래 동거하고 주로 가사처리를 하였다는 사실은, 원심결정의 사실로부터 추정할 수 있는 것임은, 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같다. 그러므로 본 논지 중 당해 사실의 인정은 아무런 증거에 기하지 아니한 판단이라고 하는 점은 이유가 없다. 또한 문권의 점유자는 일응 문권에 기재된 토지의 소유자라고 인정하여야 하지만, 이것은 점유자가 자신의 소유로서 이를 점유하는 경우에 그러한 것이고, 반증에 의하여 그 문권이 점유자의 소유라고 인정되지 아니하는 경우에는, 원래 이와 같은 추정을 받는 것이 아니다. 그리고 원판결은 증거에 의하여 본건 계쟁지의 문권인 갑 제1호증, 같은 제2호증에 감긴 대지의 필적이 한재욱의 필적이라는 사실 및 상고인이 오래 재욱과 동거하고 상고인이 주로 그 가사처리를 하였다는 사실을 인정하고, 이러한 사실에 의하여 상고인이 보관하는 서류는 모두 상고인 소유에 속하는 것이라고 인정하기 어려우며, 따라서 상고인이 갑 제1호증, 같은 제2호증을 보유하는 것으로는 아직 같은 갑호증 기재의 계쟁토지가 상고인 소유라는 증거로 하기에 부족하다는 취지를 판시한 것이다. 상기 원판결의 인정 사실에 의하면, 본건 갑 제1호증, 제2호증의 문권은 원래 한재욱이 소지하고 있었는데, 상고인이 그 가사처리를 하는 관계로 이를 한재욱을 위하여 보관하여 온 것이라고 인정할 수 있으므로, 원심이 이러한 사실증거에 의하여 갑 제1호증, 제2호증을 상고인의 소유라고 인정하지 아니한 것은, 증거의 취사판단, 사실인정에 관한 원심의 직권의 행사이고, 같은 갑호증이 상고인의 소유라고 인정되지 아니하는 이상은 상고인이 이를 점유하여도, 반드시 같은 갑호증 기재의 토지가 상고인의 소유라고 인정되어야 하는

것이 아니다. 따라서 원심이 그 점유의 일로서 계쟁지가 상고인의 소유임을 인정하는 증거로 하기에 부족하다는 취지를 설시한 것은 상당하고, 원판결에는 소론과 같은 불법이 없다. 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심에서 항소인은, 계쟁토지는 갑 제19호증 내지 21호증의 판결등본에 나타난 토지 400여 두락과 동일한 성질을 가지므로, 항소인의 소유라고 주장하였다. 이에 대하여 원판결은, 갑 제6호증(검사의 한규용 신문조서)에서의 피항소인 한규용의 검사에 대한 진술은 갑 제8호증(한규용 예심조서)에 의하여 변경된 흔적이 있고, 또한 상기 400여 두락의 명의개서는 재욱 생전에 행하여졌음에도 불구하고, 본건 토지의 명의개서는 재욱이 사망한 1914년 1월에도 이루어지지 아니하고 결국 그 사망 후 1915년 10월에 이르러 본소 청구를 하기에 이른 사실에 비추어, 저절로 별건 400여 두락의 토지와 본건 계쟁토지는 그 성질을 달리하는 내용을 알 수 있다는 취지를 판시하였다. 그러나 당해 설시는, 갑 제6호증에서의 피항소인의 진술에 의한 자백은 갑 제8호증에 의하여 피항소인이 이를 변경한 이유로 당연히 그 효력을 상실한다고 하여 이를 배척한 것인지, 또한 갑 제6호증의 자백은 신용하기에 부족하다고 하여 이를 배척한 것인지, 조금도 그 이유를 설명하지 아니한다. 이것은 이유불비의 불법이 있다고 믿는다. 또한 별건 400여 두락의 토지는 수년 전에 한재욱으로부터 명의개서를 받고, 본건 토지도 이와 떨어진 수년 후에 소송에 의하여 명의개서의 청구를 하기에 이른 이유로, 전후의 토지는 그 성질을 달리한다고 단정한 것은, 논리 및 실험의 법칙상 반드시 필연적인 결론이 아니다. 이것은 전적으로 원판결의 독단적 인정에 의한 불법이다.

살피건대, 원판결은 갑 제6호증(검사의 한규용 신문조서)에 의하면, 피항소인 한규용은, 검사에 대하여 위 갑 제19호 내지 21호증의 민사사건에 있어서 다툼이 있는 재산은 항소인의 소유임을 인정한 것과 같이 진술하고 있지만, 갑 제8호증(한규용 예심조서)에 의하면 갑 제6호증에 기재된 진술을 변경한 흔적을 간취할 수 있을 뿐만 아니라, 별건 400여 두락의 토지와 본건 계쟁지와는 양자 성질을 같이 하는 것으

로는 말하기 어려우므로, 별건 400여 두락의 토지에 관하여 항소인의 소유라는 판결이 확정되었다고 하여, 본건 계쟁토지도 역시 상고인의 소유라는 심증을 야기하는 자료로 하기에 부족하다고 설시하였다. 갑 제6호증의 진술기재는 원심이 신용하지 아니함은 원판결문상 명백하고, 갑 제6호증의 검사에 대한 진술은 갑 제8호증의 예심에서의 진술에 의하여 이를 변경하였기 때문에 당연무효가 된다고 본 것이 아니므로, 원판결에는 소론과 같은 이유불비의 불법이 없다. 또한 원판결 별건 400여 두락의 토지에 관하여는 이미 오래 전에 상고인이 한재욱으로부터 명의의 개서를 받았음에도 불구하고, 본건 토지의 명의개서는 재욱이 사망한 1914년 11월이 되어도 이루어지지 아니하여 결국 그 사후 1915년 10월이 되어 상고인이 본소 청구를 하기에 이른 사실을 인정하고, 이에 의하여 별건 400여 두락의 토지와 본건 계쟁토지와는 그 성질을 달리한다고 판단한 것이다. 위 판시와 같은 사실이 있는 이상은, 일응 별건 400여 두락의 토지는 상고인 소유이므로 그 명의개서가 이루어지고, 본건 토지는 그 소유가 아니므로 그 명의개서가 이루어지지 아니하였음을 추정할 수 있으므로, 별건 400여 두락의 토지가 상고인 소유라고 하여도 바로 이로써 본건 계쟁토지도 그 소유라고 유추할 수 없는 도리이므로, 원판결이 상기 사실로부터 추론하여 양자 그 성질을 달리하고 피차 동일하게 논할 수 없다는 취지를 설시한 것은 상당하다. 본 논지는 요컨대, 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단 및 사실인정을 비난하는 것으로 상고이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심에서 항소대리인은 갑 제6호증, 갑 제7호증, 갑 제10호증의 기재에 의하여, 한재욱은 토지 등의 재산을 갖고 있지 아니하고, 따라서 본건 계쟁토지는 항소인의 소유에 속한다는 취지를 주장하였다. 이에 대하여 원판결은 그 이유에서 “재욱은 그 사후에 항소인의 실자가 아닌 본건 피항소인 한규용 그 밖의 자와 항소인과의 사이에 혹시 분쟁이 발생하는 것을 두려워하고, 그 사후라 하여도 일가의 평화원만을 바란 나머지 위 갑호증에 기재된 것과 같은 점을 운운한 것에 불과한 것으로 인정할 수 있고, 재욱이 그 소유에 속하지 아니하기 때문에 그러한 언사를 운운한 것이라고 인정할 수 없다”라고 설시하고, 항소인

의 주장을 배척하였다. 그러나 상기 설시의 내용사항은 단지 원심의 상상에 기한 의견에 불과하고, 증거에 의하여 심증을 야기한 아무런 근거도 없음은 설시 자체에 의하여 명백하다. 이것은 법칙에 위배하고 부당하게 사실을 확정한 불법이 있다.

상고이유 제7점은 다음과 같다.

원판결에 의하면 "재욱의 임종시에 항소인(상고인)은 재욱의 간청을 받아들여 그 실자 등에게 토지의 분여를 약속하고, 같은 사람이 이를 기뻐하고 또한 항소인에 대하여 사례를 말한 것은 즉 재욱은 토지 등 재산을 갖지 아니한 것을 알 수 있고, 따라서 본건 계쟁토지도 재욱이 매수한 것이 아니며 항소인이 매수하여 소유하는 것이라고 주장하지만, 재욱은 그 사후에 항소인의 실자가 아닌 본건 피항소인 한규용 그 밖의 자와 항소인과의 사이의 혹시 분쟁이 발생할 것을 두려워하여 그 사후라 하여도 일가의 평화원만을 바란 나머지 위 갑호증에 기재된 것과 같은 점을 운운한 것에 불과하다고 인정할 수 있고, 재욱이 그 소유에 속하지 아니하므로 그러한 언사를 운운한 것이라고 인정할 수 없다"고 판시하였다. 그러나 이는 실로 심히 억측에 해당한다. 본건에서의 갑 제6, 7, 10호증 각 증에 의하면 재욱이 임종시에 상고인에 대하여 한 간청은 자신의 소유재산을 실자 등에게 분배하는데 대한 그 분배방법을 부탁한 것이 아니고, 한재욱은 상고인의 소유재산에 대하여 자신과 수십 년간 동거한 정으로 그 실자 특히 빈곤한 장남 한규용에 대하여 상당한 토지를 분여함으로써 그 빈곤을 구제하여 줄 것을 간청한 것임은, 같은 호증 등에 의하여 그 취지가 실로 명료하다. 만일 본건 재산이 한재욱의 소유재산이라고 하면, 임종시에는 각각 실자 3인에 대하여 분배방법을 결정할 도리이지, 무엇을 언짢게 상고인에 대하여 간청하여 장남의 빈곤의 구제방법을 유언할 필요가 있는가. 특히 본건 재산이 상고인의 소유임을 피상고인 한규용이 인정한 것은 갑 제6호증에 의하여 거의 의심할 여지가 없는 바이다. 그런데 원심은 위 갑 제6, 7, 10호의 각 증의 취지를 오해하여, 나아가 재욱이 사후 그 실자 등과 항소인 간에 있어서 분쟁이 발생할 것을 두려워하여 사후라 하여도 일가의 평화원만을 바란 나머지 운운의 심히 억측에 해당하는 것을 판시하여, 상기 각호증과 반대되는 해석을 내렸지만, 그

와 같은 상태였다는 점은 여태까지 당사자가 주장도 하지 아니하고 거증도 하지 아니한 바이다. 결국 원심은 당사자가 주장하지 아니하고 거증하지 아니한 것을 판단의 자료로 이용한 것이고, 이 역시 불법인 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결은 갑 제6호증, 제7호증, 제10호증 기재의 진술취지 자체에 의하여, 한재욱은 그 사후에 항소인(상고인)의 실자가 아닌 피항소인 한규용(피상고인) 그 밖의 자와 항소인과의 사이에 혹시 분쟁이 발생하는 것을 두려워하여, 그 사후라 하여도 일가의 평화원만을 바란 나머지 위 갑호증에 기재된 것과 같은 것을 운운한 것이라고 인정하였음은, 원판결문상 명백하고 소론과 같이 증거에 의하지 아니하고 가공으로 이와 같은 인정을 한 것이 아니다. 그리고 같은 갑 제6호증(한규용 신문조서)에는 재욱 사망 전 어느 날 그가 이(李)에 대하여 규용은 많은 가족을 거느리고 빈곤하기 때문에, 어떻게 해 달라고 의뢰한 일이 있다는 취지의 진술기재, 갑 제7호증(한의용 신문조서)에는 재욱 사망 전 그는 병상에 이(李)를 불러 이(李)에 대하여 아이들에게 재산을 분여하여 달라고 말하였다는 취지의 진술기재, 갑 제10호증(한덕용 신문조서)에는 재욱은 이(李)에 대하여 규용은 가족도 많고 재산이 없어 걱정이라고 말하자 이(李)는 토지를 분여해 준다고 말하여 재욱은 매우 기뻐하여 감사의 말을 하였다는 진술기재가 있다. 이러한 진술취지에 의하면, 반드시 상고인 주장과 같이 재욱이 토지를 갖지 아니하였기 때문에 소유자인 상고인에 대하여 그 실자 등에게 토지의 분여를 간청한 것이라고 인정하여야 하는 것이 아니다. 이에 의하여 한재욱의 심리를 추측하고, 재욱은 그 사망 후 자신의 소유지의 분배에 관하여 한규용 그 밖의 실자와 상고인 간에 혹시 분쟁이 발생할 것을 염려하여, 그 사망 후에 일가의 평화를 희망하는 나머지 미리 원활하게 상고인에 대하여 그 실자 등에게 토지의 분여를 하게 하기 위하여, 토지의 처분을 위촉한 것이라고도 인정할 수 있으므로, 원심이 이러한 진술기재에 의하여 앞의 판시와 같은 사실을 인정한 것은, 사실인정, 증거판단에 관한 원심직권의 행사이다. 또한 당사자가 어떤 사실을 증명하기 위하여 제출한 서증이 과연 그 사실을 증명하기에 충분한지의 여부를 판단하기 위하여 서증의 취지를 해석함에 있어서는,

법원은 제반의 사정을 참작하여 이를 할 수 있고 당사자의 주장에 기속되는 것이 아니므로, 가령 피상고인 등이 앞의 판시와 같은 주장을 하지 않았다 하더라도 원심이 상기 갑 제6호증, 제7호증, 제10호증의 취지를 상기와 같이 인정하고, 같은 갑호증에 의하여는 상고인의 주장을 인정할 수 없다는 취지를 설시한 것은 위법하지 아니하다. 그 갑 제6호증에 의하여 본건 계쟁지가 상고인의 소유임을 인정할 수 있는 것과 같이 논하고, 원판결을 비난하는 논지는 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단 및 사실인정을 비난하는 것에 불과하고 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원판결에 의하면 "당시 항소인의 부(夫) 재욱은 병약하여 가사를 돌보기 싫어하고 항소인이 주로 가사처리를 하였으므로, 그 외관적 사태를 파악하여 갑 제1, 2호증 기재의 토지는 항소인이 매수한 것이라고 속단하였을 뿐만 아니라, 그 당시의 풍속상 부녀가 특유재산을 갖는 것은 오히려 이례적인 일임이 현저한 사실을 참조하여 이를 본다면, 같은 증서는 반드시 사실의 진상을 밝히는 것이라고 인정하기 어려우므로 이러한 증언에 의하여는 항소인이 갑 제1, 2호증에 기재된 토지 즉 계쟁토지의 매수인으로서 소유권을 취득하였다고 단정할 수 없다"고 판시하였다. 그러나 어떤 주어진 토지에 대하여 분쟁이 발생하고 또한 그 전소유자에 대하여 쌍방 다툼이 없다면, 그 토지에 대하여 전소유자로부터 매수한 것은 누구인지를 밝히면 계쟁지의 진정한 소유자는 저절로 판명되지 않는가. 이를 본건에 관하여 본다면, 계쟁지에 대한 전소유자가 곽인백 및 박규병의 두 사람임은 쌍방 다툼이 없는 사실이고, 위 곽인백 및 박규병 두 사람으로부터 상고인이 매수한 것임은 위 곽인백 및 임시하 증언에 의하여 실로 명료하다. 그렇다면 본건 계쟁지의 소유자는 상고인이라는 것도 아무런 의심할 여지가 없는 것이다. 그리고 그에 대하여 만일 매도인 또는 중개인이 그 매매계약의 당사자 즉 매수인임을 진술하는 이외의 자로서 진실한 매수인임을 판정하려면, 마땅히 이에 관한 유력한 근거가 존재하는 입증이 필요하다. 그런데 원심은 위에 관한 반증을 명시하지 아니하고, 막연히 한재욱은 병약하여 가사를 돌볼 수 없었다고 설시하고 있다. 그러나 일건

기록에 비추어 당사자의 주장 및 증거서류를 통독한다면, 한재욱이 병약하여 보행하기 어렵고 외출이 불가능하였다는 사실은 인정할 수 있지만, 가사를 돌볼 수 없었다는 사실은 인정할 수 있는 아무런 흔적을 발견할 수 없다. 그런데 원심은 아무런 신빙성도 없음에도 불구하고, 그러한 사실을 추측적으로 인정하여 그 반증을 명시하지 아니함은 법칙에 위배된 불법이 있다.

살피건대, 원고인 상고인은 본건 계쟁토지는 소외 박규병 및 곽인백으로부터 매수하여 소유권을 취득하였다고 주장하고, 피고인 피상고인 등은 이를 부인하고 있음은 원판결 및 원판결이 인용하는 제1심판결 사실적시에 비추어 명백하다. 그러므로 원고인 상고인이 우선 그 주장사실을 입증하여야 할 책임이 있고, 상고인은 그 입증으로서 증인 임시하 및 곽인백의 증언을 원용하였지만, 같은 증인 등의 증언은 논지 기재와 같은 사유에 의하여 원심이 채용하지 아니하였으므로, 계속 입증책임은 상고인에게 있음은 다언을 요하지 아니한다. 따라서 본 논지 중 위 양 증인의 증언에 의하여 상고인이 본건 계쟁지를 매수하였음은 명백하고 그 소유자임을 인정할 수 있는 것과 같이 논하여, 상고인 이외에 진정한 매수인임을 판정하려면 이에 관한 반증을 제출하여야 한다고 하여 원판결을 비난하는 점은 상고이유가 없다. 또한 한재욱이 병약하여 가사를 거의 돌볼 수 없었다는 사실은, 원심이 원용하는 을 제13호증의 진술기재에 의하여 이를 인정할 수 있음은 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같으므로, 원심은 증거에 의하지 아니하고 이를 인정한 것이 아니므로 논지 후단도 상고이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

원심은 조선에서의 풍속상 부녀가 특유재산을 갖는 것은 오히려 이례라는 것이 현저한 사실임을 설시하지만, 이것은 조선에서의 종래의 관습을 오인한 것이다. 조선에서 사람의 처인 자에 있어서도 특유재산을 갖는 일은 적지 아니함은 현저한 사실이고, 본건 상고인과 같은 사람의 첩으로서 장사를 하고 축재하는 자는 거의 전부 자신의 특유재산으로서 소유하고, 그 재산을 전부 부(夫)의 소유에 귀속시키는 것과 같은 것은 거의 있을 수 없는 이례적인 일이다. 그런데 원판결이 위 조선관습을 반대로 해석함은 위법하다.

살피건대, 1898년 내지 1902년경 조선에서 여자가 처 또는 첩으로서 부와 동거하는 경우에 특유재산으로서 부동산을 소유하는 것은 이례적이고, 반증이 없는 한 이를 인정할 수 없으므로, 원심이 당시 조선의 풍속상 부녀자가 특유재산을 갖는 것은 이례라는 것이 현저한 사실이라는 취지를 설시한 것은, 반드시 조선의 관습에 위배한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 본 논지는 상고의 이유가 없다.

상고이유 제8점은 다음과 같다.

원판결이 본소 토지를 상고인의 소유로 인정하지 아니함이 불법인 점은, 이상 각 논점에 의하여 충분하다. 그리고 원판결은 일방에서 상고인의 소유가 아님을 설명하고, 반면으로 피상고인 한규용의 소유라고 인정하며, 그 인정이유로서 “오히려 성립에 다툼이 없는 을 제1호증, 을 제2호증, 을 제19호증, 을 제21호증의 1 내지 3의 기재와 피항소인 한규용은 재욱의 실자라는 당사자 간의 다툼이 없는 사실을 종합하여, 자세하게 음미한다면 계쟁토지는 재욱의 생전 그로부터 피항소인 한규용에게 증여되고, 이에 의해 그가 소유권을 취득하였다는 그의 주장을 진실에 적합한 것이라고 인정함이 타당하므로”라고 설시하였다. 그러나 을 제1, 2호증은 상고인의 호적이고 을 제19 및 21호증은 납세의 서면이다. 그리고 이에 의하여 조금도 본소 토지가 피상고인 한규용의 소유라고 인정할 자료가 되지 아니하고, 또한 피항소인 한규용이 한재욱의 실자라는 사실은 조금도 원판결이 인정한 사실에 의하여 발생하는 근거가 되지 아니한다. 그런데 원판결은 을 제1, 2호증, 을 제19, 21호증의 기재 및 한규용이 재욱의 실자라는 사실에 기하여 계쟁토지는 재욱의 생전 그로부터 한규용에게 증여하고, 이에 의하여 그가 소유권을 취득한 취지를 인정한 것은, 허무인 증거에 의하여 가공의 사실을 인정한, 환언하면 증거에 관하여 증거력을 범위 외로 확장한, 즉 증거법칙 상의 증거력을 오해한 불법이 있는 판결이다.

살피건대, 원판결은 소론과 같은 성립에 다툼이 없는 을 제1호증, 제2호증, 제19호증, 제21호증의 1 내지 3의 각 기재 및 피상고인 한규용이 재욱의 실자라는 당사자 간 다툼이 없는 사실을 종합하여, 본건 계쟁토지는 재욱의 생전에 그로부터 피상고인 한규용에게 증여되고, 이에 의하여 한규용은 그 소유권을 취득하였다는 한규용의 주장을 진

실에 적합한 것이라고 인정하는 취지를 설시하였다. 그리고 같은 을 제1호증의 1{경술(1910년) 10월 교동 1패 신고서본}에는 한규용 5호 중략 성요출(城要出) 70답 6두 76답 84답, 같은 곤(崑) 1답 5두 같은 출(出) 72답 10두 73답 74답 75답 77답 83답 85답, 소천용(召川龍) 8답 10두 9답 14답 15답 21답 22답 23답 24답 34답 41답, 성요곤(城要崑) 2답 4두 3답 72답 10두 82답 86답이라는 기재, 같은 을호증의 2(1912년 8월 기결수연명부(起結數連名簿)에는 납세관리인 한규용, 연산동 소천용(召川龍) 소천원용(召川員龍) 14답 9두, 같은 용(龍) 8답 1두, 같은 동 성요원곤(城要員崑) 4답 1두, 같은 곤(崑) 2답 4두, 같은 곤 72답 10두, 같은 동 같은 원출(員出) 70답 20두 9승, 같은 출 73답 1승, 같은 곤 151답 5두라는 기재, 을 제2호증의 1 내지 8에는 한규용이 과세지조감도 작성경비, 결수연명부작성비, 지세부과금, 지세부가세 면비(面費) 등을 납입한 취지의 기재가 있고, 이를 을 제19호증, 제21호증의 1 내지 3의 기재 및 피상고인 한규용이 한재욱의 실자인 사실 등과 종합하면, 상기 원심인정과 같은 사실을 인정할 수 있다. 따라서 원심은 소론과 같은 허무의 증거에 의하여 가공의 사실을 인정한 것이 아니므로, 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

110 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제152호 1916년 10월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 불법행위에 의한 손해가 행위의 당시 예견되고 또한 통상의 경과에서 그 불법행위로부터 당연히 발생하는 것일 때에는, 그 불법행위와 손해와의 사이에는 인과의 관계가 있다. 그 손해가 불법행위로부터 직

접 발생하였는지 간접적으로 발생하였는지를 묻지 아니하고 불법행위자는 손해배상의 책임을 져야 한다.

1. 갑이 세관화물취급인인 을의 명의를 사용하여 그 업무에 종사 중 관세포탈을 도모한 때에는, 을은 조선관세령 및 관세법 제82조의 규정에 따라 그 책임을 져야 한다. 따라서 갑이 관세포탈을 도모할 때 만일 관에 발각되는 경우에는 화물취급명의인인 을이 그 책임을 져야 한다는 점은, 당초부터 예견되고 또한 당연히 발생하는 결과이므로, 갑의 관세포탈의 불법행위는 직접 관세징수권을 침해함과 동시에 간접적으로 화물취급명의인인 을의 재산권을 침해하는 것이고, 그 불법행위와 재산권에 의한 손해와의 사이에는 인과의 관계가 있다. 그 불법행위자는 손해배상의 책임을 져야 한다.

[참 조] 제77조 내지 제81조의 규정에 해당하는 자는 부주의에 의한 것을 이유로 처벌을 면할 수 없다(조선관세법 제82조).

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 죽전진삼평(竹田津三平, 다케다)
소송대리인 성전정일랑(星田正一郎, 호시다)
【피상고인】 등천중태랑(藤川仲太郎, 후지가와)
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 4월 25일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원심이 상고인의 항소를 기각한 이유의 요지는, 소외 노전시삼랑(蘆

田時三郞, 아시다)은 항소인의 명의로 한 세관화물취급업무의 집행중 관세의 포탈을 도모한 것이므로, 그 행위는 관세징수권을 침해한 것이다. 그리고 관세징수권은 국가에 속하는 공권이고 사권이 아님은, 조선관세령 및 관세법의 규정 전체에 비추어 실로 명백한 바이다. 따라서 노전(蘆田, 아시다)의 행위는 항소인이 갖는 사권을 침해한 것이라고 말할 수 없다. 항소인이 위 금액의 납부를 거부할 수 없게 된 것은 조선관세령 및 관세법 제82조의2의 규정에 의하여 발생한 당연한 결과이고, 노전(蘆田, 아시다)의 행위에 의하여 항소인의 재산권을 침해하였기 때문이 아니다. 항소인이 위 금액의 납부에 의하여 이에 상당하는 재산의 감소가 초래된 결과로부터 이를 본다면, 재산상의 손해가 있다고는 말할 수 있지만, 이를 가리켜 항소인의 재산권의 침해가 된다고 논단할 수 없다. 따라서 항소인은 아무런 권리를 침해받지 않았다고 하지 않을 수 없다는 이유로 상고인의 청구를 기각하였다. 그러나 이 판결은 단지 조선관세령 및 관세법으로부터 본 일면적인 해석이고, 적어도 노전(蘆田, 아시다)은 국가의 관세징수권을 침해함과 동시에 상고인의 대세권을 침해하였다고 하지 않을 수 없다. 노전(蘆田, 아시다)의 행위는 상고인의 권리를 침해할 것을 예상하여 이를 한 것이라고 하면, 민법 제709조의 고의에 의하여 타인의 권리를 침해한 것에 해당된다. 만일 이를 모르고 하였다고 하면, 같은 조의 소위 과실에 의하여 타인의 권리를 침해한 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 그의 행위가 고의에 의한 것인지 과실에 의한 것이지를 묻지 아니하고, 피상고인은 상고인에 대하여 노전(蘆田, 아시다)의 행위에 의하여 상고인에게 가한 손해를 배상하여야 할 책임이 있음에도 불구하고, 원판결은 노전(蘆田, 아시다)의 행위에 대한 일면적 해석을 하여 상고인의 청구를 기각한 것은 타당하지 아니하다.

추가상고이유는 다음과 같다.

본건 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)이 상고인의 영업명의로 포세(逋稅)행위를 하고, 그 행위가 국가의 징수권을 침해한 결과 상고인의 성명권 및 명예권을 침해한 것이다. 원래 노전(蘆田, 아시다)의 행위로 상고인이 법령에 의하여 벌금 및 추징금을 부과받고 손해를 입은 결과가 초래되었다면, 징세권의 침해자는 행위자 그 자가 아니고 영업명

의자라고 하는 법의 의제에 의한 것이고, 이 법령에 의하여 그 명의자인 상고인이 징세권의 침해자가 되는 사실은, 즉 이것은 노전(蘆田, 아시다)의 행위에 의한 상고인의 인격권에 대한 침해이다. 그리고 성명권(원문 그대로) 및 명예권과 같은 고유권 즉 인격권은 소위 절대권이고 채권과 같이 특정인에 대하여 행하여지는 소위 상대권이 아니라고 하여도, 공동생활에 있어서의 각 주격(主格) 상호의 대등관계에서 그 이익을 보호하기 위한 권리이므로, 인격권은 사권임이 명백하다. 따라서 판결은 노전(蘆田, 아시다)의 행위는 상고인의 사권을 침해한 것이라고 하여 민법 불법행위의 법칙을 적용하여야 한다. 그러하지 아니하고 상고인의 주장을 배척한 것은 부당하게 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 불법행위자가 그 행위에 기하여 타인에게 가한 손해배상의 책임을 지는 것은, 그 불법행위와 손해와의 사이에 인과의 관계가 있을 때에 한하고, 그 손해가 행위의 당시 예견되고 또한 통상의 경과에 있어서 그 불법행위로부터 당연 발생하는 것일 때에는, 그 불법행위와 손해와의 사이에 인과의 관계가 있다고 말하여야 하고, 그 손해가 불법행위로부터 직접 발생하였는지 간접적으로 발생하였는지는 굳이 물을 바가 아니다. 본소 상고인의 주장은, 상고인은 세관화물취급인이고 군상항에 지점을 만들어 소외 야견산차웅(野見山次雄, 노미야마)을 업무담당인으로서 파견해 둔 바, 그는 피상고인의 간청에 의하여 피상고인을 대리인으로 하여 세관화물취급에 관한 일체의 사무에 종사하였는데, 1914년 9월 22일 및 같은 달 25일 피상고인의 사용인 노전시삼랑(蘆田時三郎, 아시다)이 관세금 68원 85전을 포탈하려고 꾀하여 세관관리에게 발각되고, 세관화물취급인인 상고인은 인천세관장으로부터 조선관세령위반으로서 벌금에 상당하는 206원 55전 및 추징금 3,564원 15전을 납입하라는 취지의 통고를 받아, 상고인은 그 통고의 취지를 이행하였다. 이것은 필경 피상고인의 사용인 노전시삼랑(蘆田時三郎, 아시다)의 불법행위를 원인으로 상고인이 입은 손해이므로, 그 중 금 700원을 공제한 잔액 3,070원 70전에 관하여 피상고인에 대하여 배상을 구한다는 것이다. 피상고인은 이에 대하여 야견산차웅(野見山次雄, 노미야마)과의 사이에 세관화물취급업무에 관하여 계약을

하였지만, 상고인과의 사이에 아무런 계약을 하지 아니하였으므로 피상고인은 상고인에 대하여 본소 손해배상의 책임이 없고, 가령 야견산차웅(野見山次雄, 노미야마)이 상고인의 대리인으로서 위 계약을 하였다고 하지만 당해 계약은 1914년 8월 말일로 종료하고, 그 이후에 있어서의 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)의 행위에 의하여 상고인이 손해를 입었다고 하여도, 피상고인이 아무런 배상의 책임이 없으며 또한 상고인이 입었다고 칭하는 손해에 관하여는 당사자 및 소외 고뢰평차랑(高瀨平次郞, 다까세)과의 사이에 이미 화해를 하여 일건 낙착되었으므로, 본소 청구는 부당하다고 항쟁하였음은 원판결 및 원판결 인용의 제1심판결의 사실적시에 의하여 명백하다. 따라서 만일 상고인 주장과 같이 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)이 세관화물취급인인 상고인의 명의를 사용하여 그 종업 중에 관세포탈을 도모한 행위가 있다고 하면, 화물취급인인 상고인이 당연히 그 책임을 져야 함은 조선관세령 및 관세법 제82조의 규정에 비추어 명백하다. 그리고 노전시삼랑(蘆田時三郞)이 관세의 포탈을 도모한 때에 만일 관에게 발각된 경우는 화물취급명의인인 상고인이 그 책임을 져야 함은 당초부터 예견되고 또한 당연히 발생하는 결과이므로, 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)의 불법행위는 직접 관세징수권을 침해하고, 간접적으로 화물취급명의인인 상고인의 재산권을 침해한 것이라고 하여도, 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)의 불법행위와 상고인의 재산권침해에 의한 손해와의 사이에 인과의 관계가 있다고 말하여야 한다. 따라서 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)의 불법행위는 상고인의 사권을 침해한 것으로서 이를 논하여야 한다. 그런데 원판결은 노전시삼랑(蘆田時三郞, 아시다)의 불법행위는 관세징수권 즉 공권을 침해한 것에 그치고, 조금도 상고인의 사권을 침해한 것이 아니므로 사권침해를 원인으로 하는 본소 손해배상의 청구는 부당하다고 하여 상고인 패소의 선고를 한 것은, 소론과 같이 불법행위에 기한 손해배상에 관한 법칙의 적용을 그르친 위법한 판결로서 전부 파기를 면할 수 없다. 그리고 상고인의 본소 청구의 당부를 판단하려면 계속 상기 쟁점에 관하여 그 사실을 확정할 필요가 있으므로, 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 사건을 원법원으로 환송한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 있으므로 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

111 민적오류정정 및 일가창립청구에 관한 건 〔대정5년민상제188호 1916년 10월 6일 판결〕

【판결요지】

1. 장남은 수양(收養)받는 자인지의 여부에 관계없이 동본자 간에 있어서 지가로부터 본가의 입후(상속)를 하는 경우 이외에, 타가의 양자가 될 수 없음은 조선의 관습이다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 박영상
소송대리인 한동이 외 1인
【피상고인】 박대유

위 당사자 간의 민적오류정정 및 일가창립 청구사건에 관하여 1916년 6월 30일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

상고인이 어릴 때 생모는 먼저 사망하고 생부는 출타하여 오래 돌아오지 아니하여 사망한 것으로 인정하였으며, 타인에게 수양받고 있으므로 남동생에게 생가를 봉사(奉祀)하게 하고 상고인은 피상고인에게 자(子)가 없어 요구받은 대로 입양한 사실이 있다. 조선관습에 서민의 장자가 정리에 의하여 동성인에게 입양하는 것은 보통이다. 뿐만 아니라 정리상 불쌍히 여길 때에는 입후하는 것을 허용하는 법례도 있으므로, 상고인이 피상고인에게 입양하는 것이 조선관습인 상규에 틀림이 없다. 그런데 제2심은 이에 불구하고 민사령 제73조에 기하여 패소의 선고를 하였다. 그러나 같은 조의 의의는 본건 청구의 주체인 사실과 달리 적용하여서는 아니 되는 것을 적용한 것으로, 부적법한 판결이다.

살피건대, 장남은 수양받는 자인지의 여부에 관계없이 동본자 간에 있어서 지가로부터 본가의 입후(상속)를 하는 경우 이외에, 타가의 양자가 될 수 없음은 조선의 관습이다. 그리고 본건 당사자 간에 본가 지가의 관계가 없고 또한 상고인이 그 생가의 장남임은 원심확정의 사실이므로, 당사자 간 입양을 하였다고 하여도 그 입양은 당초부터 그 효력이 없으므로, 원심이 위 사실을 인정하고 당사자에게 양부자관계가 없다고 판단한 것은 상당하고, 원판결은 위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상고인과 피상고인 간에 부자의 윤리를 정한 후, 피상고인에 의하여 진정한 민적을 제출하고 민적관리가 이를 인정한지 오래되었음에도, 제2심은 이 사실이 있음에도 불구하고 "필경 법령이 인정하는 절차의 요구에 응하여야 할 의무가 있지 아니하므로 인용될 이유가 없다"는 의미로 미리 가탁하여 패소의 판결을 한 것은 부적법한 판결이다.

살피건대, 원판결의 설명에 "민적의 오류착오의 정정에 관하여 이해관계인의 동의를 요함을 정한 규정이 존재하지 아니하고, 1915년 8월 7일 정무총감으로부터 발령된 민적사무취급에 관한 통첩의 취지에 의하여도, 부윤 또는 면장이 민적부상의 기재를 오류 또는 착오라고 인정할 때에는, 바로 그 정정을 할 수 있음이 명백하므로, 피항소인(피상고인)의 당해 청구는 필경 법령이 인정하지 아니하는 절차를 요구하는

것이고, 항소인은 법률상 이에 응할 의무가 없으므로, 인용할 이유가 없다"라고 되어 있다. 원심은 피상고인의 본소 청구 중 민적의 오류정정의 부분은 이를 배척한 취지임이 명백하다. 그리고 상고인은 위 판지를 자신의 불이익이 되는 것과 같이 논하여 원판결을 비난하지만, 그것은 필경 상고인이 원판지를 오해한 것에 기하는 것이므로 논지는 이유가 없다.

이상의 설명에 의하여 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

112 토지대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제183호 1916년 10월 10일 판결〕

【판결요지】

1. 매매계약을 함에 항상 반드시 계약 당시에 대금을 확정할 필요는 없다. 계약의 취지에 따르면 후일 이를 확정할 수 있는 것일 때에는 당해 계약은 유효하다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 광주지방법원 목포지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 목포부 대표자 목포부윤 교본풍태랑(橋本豊太郞, 하시모또)
소송대리인 안주시태랑(安住時太郞, 아즈미)
【피상고인】 홍장현

위 당사자 간의 토지대금 청구사건에 관하여 1916년 6월 14일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 비용으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

(1) 원판결이 인용하는 제1심판결의 적시사실에 의하면, 제1심에서의 청구의 일정한 원인은 “원고는 1910년 음 3월 중 전라남도 목포부 부내면 온금동 북방산지 19,371평 8홉 9작을 구 목포거류민단의 수도용지로서 같은 민단에게 매도하고, 같은 민단은 상당한 대금을 지급한다는 취지를 약속하였다. (중략) 그런데 같은 민단은 위 토지의 평수는 1,300여 평이라고 칭하고, 1평의 대가를 금 10전으로 견적하여 대금을 지급한다는 취지를 원고에게 제의하였지만, 원고가 같은 민단에 매도한 토지는 19,371평 8홉 9작으로서, 원고는 이에 같은 민단의 권리・의무의 승계자인 목포부에 대하여 위 토지의 상당대가금 1,937원 18전의 지급을 명하는 판결한 구하는 것이다”라는 것이므로, 그 소위 매매는, 제1. 민단은 상당한 대금지급을 약속하였다고 하고, 민단은 1평의 대가를 금 10전으로 견적하여 지급한다는 것을 제의하였다고 하며, 또한 상당대가로서 본소 청구를 한 것에 의하여 이를 본다면, 당사자 간의 약속은 대금의 일정함을 결하고 매매로서 성립하지 아니한다. 제2. 원고는 19,370여 평의 토지를 매도할 의사였음에도 민단은 1,300여 평의 토지를 매수한다는 의사였음은, 원고의 주장 자체에 있어서 명료하므로 매매의 요소인 목적물에 관하여 당사자의 의사표시에 착오가 있으므로 매매는 당연무효이다. 따라서 본소는 원고의 청구원인으로 한 사실 그 자체로 부당한 청구이므로, 아무런 증거조사를 할 필요가 없이 당연히 각하하여야 한다(민사소송법 제248조 말단 참조).

(2) 상기 원고가 제1심에서 주장한 청구의 일정한 원인은, 제2심에서 부연을 하고 유효한 매매인 것과 같이 꾸몄다고 하여도, 소송법상 그 효력이 없다. 왜냐하면 제1심에서 법률상 당연히 불성립 또는 무효인 계약을 청구의 원인으로 하면서 제2심에 이르러 유효인 매매를 주장하고 이로써 청구의 원인으로 하는 것은, 소의 변경을 야기하고 민

사소송법 제413조, 제416조 및 제418조에 위배되지 아니하면 할 수 있는 바이기 때문이다.

(3) 생각건대, 원판결은 상기 제1심판결의 사실적시를 인용한 것에 의하여, 그 재판은 제1심에서와 같은 동일한 청구원인을 기초로 하여 한 것이다. 과연 그렇다면 매매대금지급의무를 상고인에게 선고한 원판결은 전술 (1)에서의 소론과 같이 법률상 불성립 또는 무효인 계약을 유효한 매매로 인정한 위법을 면할 수 없다. 또한, 만일 원판결은 제2심에서 항소인이 한 설명에 의하여 청구의 원인을 유효하게 성립된 매매라고 인정한 것이라면, 전술 (2)에서의 소론과 같이 민사소송법 제413조, 제416조 및 제418조의 규정을 무시한 위법이 있다.

살피건대, <u>매매계약을 함에 있어서는 반드시 계약 당시 대금을 확정할 필요는 없는 것이다. 계약의 취지에 따르면 후일 이를 확정할 수 있는 것일 때에는, 당해 계약은 유효하다</u>고 하지 않으면 아니 된다. 본건에서 원고인 피상고인의 청구원인으로서 제1심에서 주장한 사실은, “원고는 1910년 음 3월 중 전라남도 목포부 부내면 온금동 북방산지 19,371평 8홉 9작을 구 목포거류민단의 수도용지로서 같은 민단에 매도하고, 같은 민단은 상당한 대금을 지급한다는 취지를 약속하였다”라는 것이다. 상당대금은 당사자 간의 협정 또는 그 밖의 방법에 의하여 후일 이를 확정할 수 있는 것이므로, 이로써 소론과 같이 본건 당사자 간의 약속은 대금의 일정성을 결하고 매매로서 불성립이라고 논할 수 없다. 그리고 제1심에서의 피상고인의 주장은, 상기 사실 이외에 “민단이 본건 토지의 일부에 관하여 1평의 대가를 10전으로 견적하고, 대금을 지급할 취지를 피상고인에게 제의한 것에 기하여 1평 10전을 상당대가라고 인정하여, 본건 토지에 대한 대금을 산정함으로써 본건의 청구를 한다”라고 하고, 제2심에 이르러서 피상고인은 1평 10전의 비율로 매도한다는 취지의 주장을 한 것이라고 하여도, 본소는 1910년 음 3월 중 전라남도 목포부 부내면 온금동 북방산지 19,371평 8홉 9작을 구 목포거류민단에게 매도한 대금의 지급을 구하는 것이고, 제1심과 제2심 모두 위 매매계약을 원인으로 하는 것이므로 제2심에 이르러 피상고인이 상기와 같은 신청을 하여도 상기 매매계약에 기한 대금의 지급을 구하는 점에서 차이가 발생하지 아니한다. 따라서 소론과

같이 소의 변경을 초래하는 것이 아니다. 또한 원심구두변론조서 및 제1심판결의 사실적시에 의하면, 피상고인의 주장은 1910년 음 3월 중 전라남도 목포부 부내면 온금동 북방산지 19,371평 8홉 9작을 구 목포거류민단의 수도용지로서 같은 민단에 매도하고…, 그런데 같은 민단은 위 토지의 평수는 1,300여 평이라고 칭하고…, 대금을 지급한다는 취지를 피상고인에게 제의하였지만, 피상고인이 같은 민단에게 매도한 토지는 19,371평 8홉 9작으로 이에 상당하는 대금을 청구한다는 것이다. 따라서 매매의 목적인 물건은 전게 산지이고, 이를 목포민단에 매도하고 같은 민단도 전게 산지를 매수할 의사로 계약을 하였음에도 불구하고, 후일에 이르러 같은 민단은 매수토지의 면적은 1,300여 평이라고 칭하고 그 평수에 상당하는 대금을 지급하려고 하여, 피상고인은 이를 받아들이지 아니하고 본소의 청구를 한다는 취지이므로, 계약시 피상고인은 19,371평 8홉 9작의 토지를 매도한다는 의사를 표시하였음에 대하여, 구 목포민단은 1,300여 평의 토지를 매수한다는 의사를 표시하였다는 취지가 아님은 명백하다. 그렇다면 피상고인의 주장 자체에 의하여 매매의 요소인 목적물에 관하여 당사자의 의사표시에 착오가 있으므로 매매는 당연무효라는 논지는 그 이유가 없다. 요컨대, 피상고인이 주장하는 본건 토지의 매매계약은 소론과 같이 불성립 또는 무효가 아닌 점 및 피상고인이 본소 청구의 원인으로서 주장하는 바는 제1심, 제2심 모두 동일하고 소의 변경을 초래하지 아니하는 점은 전단 설명과 같으므로 원심이 증거에 기하여 피상고인 주장의 매매계약의 존립을 인정하고, 또한 그 계약이 유효하다고 인정하여 판결을 한 것은 상당하며 조금도 민사소송법 제413조, 제416조, 제418조의 규정에 위배하는 것이 아니다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

(1) 원판결은, 본소에서의 주요 쟁점은 검증도면(1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8)의 지역(이하 단지 '갑지'라 한다) 및 (8), (7), (9), (10), (11)의 지역(이하 단지 '을지'라 한다)은 항소인의 소유이고, (10), (12), (13), (11)의 지역(즉 구목포거류민단이 피상고인으로부터 매수하여 상고인이 그 대금 131원 90전을 피상고인에게 지급할 의무가 있음이 제1심판결에 의하여 부분적으로 확정된 지역. 이를 이하 단지 '병지'라

한다)과 함께 민단 수원용지로서 당사자 간에 매매되었는지의 여부에 있다고 하고, 우선 여러 증거를 종합한 다음 갑지, 을지, 병지의 전부는 항소인이 1908년 음 3월 중 소외 김유권 및 강인집으로부터 매수한 것이며, 1910년 음 3월 중 항소인이 이를 소유하고 있음을 인정하고, 이어 갑지도 을지와 같이 피항소인이 실제로 이를 점유사용한 사실을 확정하였다. 다음으로 위 지역 매매의 점에 관하여 증인 청목십삼랑(靑木十三郎, 아오끼), 고근친례(高根親禮, 다까네)의 증언 및 당시 항소인이 갑지, 을지, 병지의 전부를 소유한 사실 그리고 당해 합병지 산령(山嶺)의 주위에 수도유역 경계인 표석이 건설된 사실을 종합하고, 또한 다툼이 없는 병지가 그 당시 1평에 대금 10전의 비율로 매매된 사실에 비추어, 결국 1910년 음 3월 중 소외 청목십삼랑(靑木十三郎, 아오끼)의 중개에 의하여 당사자 간에 병지와 함께 갑지, 을지 19,333평 5홉 1작 5재에 관하여 각 1평 당 대금 10전의 비율에 의한 매매계약이 성립한 것이라고 인정하였다.

(2) 그런데 위 최종인정의 자료로 한 증인 청목십삼랑(靑木十三郎, 아오끼)의 진술은, 그 신문조서 기재를 보면 당시 원고가 소유한 고갯길 위의 토지 매입교섭을 하였지만 대금은 1평 10전 이내라는 것으로, 원고는 증인에 대하여 피고에게 매각할 것을 승낙한다는 취지를 답하였다. 그러나 이것은 단순히 지나가는 말이고 따로 피고에게 승낙서에 조인하여 제출하여야 함에도, 원고는 이를 제출하지 아니하고, 원고의 몫의 평수는 약 1천평 정도라고 생각하고 있었지만 실측의 결과 1,300평 정도라고 들었으며, 고개길 위의 토지는 많은 사람들의 소유에 속하고, 원고의 소유는 그 중의 일부라는 것이다. 원판결에 같은 증인의 증언으로서 기재된 바는 위 신문조서의 문구를 요약한 것으로, 그 취지는 일견 마치 원고가 매입의 교섭에 대하여 결정적인 승낙을 하고 또한 교섭의 목적물인 토지는 원판결에서 원고의 소유라고 인정된 갑지, 을지, 병지를 포함한 19,333평 남짓인 것이라고 하고 있지만, 이와 같은 것은 전적으로 신문조서기재의 증언과 실질적으로 모순된다. 따라서 원판결에 기재된 것과 같은 증언의 단편적 문구로 청목십삼랑(靑木十三郎, 아오끼)이 갑지, 을지, 병지 전부 19,333평 남짓의 매매의 중개를 하였다는 사실을 인정할 자료로 사용한 것은, 결국 신문조서기재

의 증언과 실질상 모순된 허무의 증거를 사용한 불법이 있다고 하지 않을 수 없다. 다음으로 증인 고근친례(高根親禮, 다까네)의 진술은, 그 신문조서기재를 보면 저수지를 둘러싼 각 산판의 분수령 이내(갑지, 을지, 병지의 전부를 포함한 지역)를 소유명의자 삼전금장(森田金藏, 모리따)으로부터 매수하고, 그 후 매수토지의 일부 1,300여 평(병지에 해당한다)은 홍장현(피상고인)의 소유임을 알게 되어 그 대금을 같은 사람에게 지급할 것을 통지한 채로 오늘에 이르렀다는 것이다. 따라서 원판결에 인용된 같은 증인이 당시 매수한 장소는 검증도면 중 운운의 분수령 이내를 매수하였다 생각한다는 진술은, 이를 삼전금장(森田金藏, 모리따)으로부터 매수한 것이고 피상고인으로부터 매수한 것이 아님은 매우 명백하다. 그렇다면 원판결이 같은 증인의 진술의 단편적 문구를 추출하여 이로써 구 민단과 피상고인 사이의 갑지, 을지에 관한 매매성립의 사실을 인정한 자료로 사용한 것 역시, 결국 신문조서기재의 증언과 실질상 모순된 허무의 증거를 사용한 불법이 있다고 말하여야 한다. 다음으로 그 당시 항소인(피상고인)이 갑지, 을지, 병지의 전부를 소유한 사실은 물권적 문제에 속하는 것이고, 본건 채권적 문제인 당사자 간에 매매가 성립하는지의 여부의 쟁점과 관계가 없다. 이어 표석(標石)건설의 사실 역시 물권적 문제이고, 매매성부의 쟁점과 관계가 없다. 마지막으로 병지가 당사자 간에 매매된 사실은, 갑지, 을지가 매매되었는지의 여부의 쟁점과 관계없음은 논할 필요가 없다. 요컨대, 원심은 다툼이 없는 병지가 각 1평 대금 10전의 비율로 매매된 당시, 우연히 상고인이 원판결에서 피상고인의 소유라고 인정된 갑지, 을지를 점유한 사실이 있다는 것으로 갑지, 을지도 역시 병지 매매와 동시에 또한 동일 조건으로 매매된 것이라고 추측한 나머지, 결국 매매의 목적물에 관하여 또한 대금에 관하여 당사자 간 의사에 합치에 관하여 아무런 구체적인 증거에 기하지 아니하고, 청목(青木, 아오끼) 및 고근(高根, 다까네)의 증언으로서 판결에 기재된 것은 원심이 신문조서의 문구를 요약하였기 때문에 조서기재와 실질상 모순을 초래하고, 결국 허무의 증거임에 불과한 것은 전술한 것과 같다. 그러므로 독단적으로 사실을 인정한 위법이 있음을 면할 수 없다.

살피건대, 증인 청목십삼랑(青木十三郞, 아오끼)의 신문조서를 보면 “증인은 … 목포민단의 민장(民長) 고근신례(高根信禮, 다까네)로부터 부탁받아 피고가 부설한 수도의 제2수원지에 사용하기 위하여 원고의 소유인 전라남도 목포부 온금동 북변의 고갯길 위의 토지를 피고에게 매도하도록 하는 교섭을 원고에게 하였지만, 대금 1평 10전 이내라는 것으로 당시 원고가 증인에 대하여 피고에게 매각한다는 승낙의 취지를 답하고 있으나, 이것은 지나가는 말이고 따로 피고에게 그 승낙서에 조인하여 제출하여야 하는데, 원고는 이를 제출하지 아니하였다”라고 되어 있다. 위 증언에 의하면 원판결 이유에 적시된 바와 같이 “수도 제2수원지에 사용하기 위하여 원고 소유의 온금동 북변산 위의 토지를 매도할 것을 증인이 원고에게 교섭하고, 그 승낙을 얻었다”라는 취지를 인정할 수 있으므로, 원판결에서 위 증언의 원용에 있어서 증언의 취지를 곡해하여 적시한 것과 같이 논하는 것은, 그 이유가 없다. 또한 위 증인의 신문조서 중 “수도유역 내에 있는 토지 중 원고의 분은 전부 여기에 들어가 있고 달리 존재하지 아니하지만, 그 평수는 약 1천평 정도라고 증인은 생각하고 있었다”라고 되어 있고, 원심은 그 전반인 “수도유역 내에 있는 토지 중 원고 소유의 분은 전부 여기에 들어가 있고 달리 존재하지 아니한다”라는 부분을 원용하고, 그 후반인 “그 평수는 약 1천평 정도라고 증인은 생각하고 있었다”라는 부분은 이를 원용하지 아니한 것은, 원판결 이유에 비추어 명백하며, 법원이 증인의 증언을 분할하여 그 일부를 채용하고 일부를 배척한 것은 부당하지 아니하다. 뿐만 아니라 원심이 채용한 위 전반의 증언과 판결 이유 중에 든 다른 제반에 증거를 종합하면, 피상고인이 구 목포민단에게 매도한 토지의 전면적은 19,333평 5홉 1작 5재라는 사실을 인정할 수 있는 것이므로, 원심이 위와 같이 인정한 것은 상당하고 소론과 같이 허무의 증거에 기하여 사실을 인정한 위법이 있는 것이 아니다. 다음으로 증인 고근신례(高根信禮, 다까네)의 신문조서를 보건대, “검증도면 중 (14)점에 존재하는 민단수원용지라고 제목붙인 표석은 민단사무소가 매수한 당시의 경계로서 설치한 것이다. 당시 민단에서는 이 표석으로부터 (6)점의 언덕길을 올라 (5), (4), (3), (2), (1), (8)의 분수령 이내도 매수할 생각이었다”고 되어 있고, 원판결에서 같은

증인의 증언을 원용한 것은 위 부분임은 원판결에 “증인 고근친례(高根親禮, 다까네)가 당시 매수한 장소는 검증도면 중 (14)점에서의 민단사무소 수원용지로 제목붙인 표석으로부터 (6)점의 언덕길을 올라 (5), (4), (3), (2), (1), (8)의 분수령 이내도 매수할 생각이었다”라는 취지의 진술이라고 적시되어 있는 것에 의하여 명백하다. 같은 사람의 증언 중 상고논지에 원용하는 “저수지를 위요하는 각 산판의 분수령 이내를 소유명의자 삼전금장(森田金藏, 모리따)으로부터 매수한 후, 매수토지의 일부 1,300여 평은 홍장현의 소유임을 알게 되어 그 대금을 같은 사람에게 지급할 것을 통지한 채로 오늘에 이르렀다”라는 부분은 원용하지 아니한 것이다. 따라서 전게 증언 중 “매수할 생각이었다”라는 진술은 반드시 소론과 같이 삼전금장(森田金藏, 모리따)으로부터 매수하였다는 취지라고 해석하여야 하는 것이 아니다. 이를 어떻게 해석할 것인지는 원심의 직권인 증거판단의 범위에 속하므로, 원심이 당사자간에 다툼이 없는 사실 그 밖의 제반의 증거를 참작하여 이를 상기의 증언에 대조하여, 본건 토지 19,333평 5홉 1작 5재는 피상고인으로부터 구 목포민단에게 매도된 것이라고 인정한 것은 상당하고, 소론과 같이 허무의 증거에 의하여 사실을 인정한 결과를 초래한 것이 아니다. 다음으로 본건 매매계약의 목적인 토지에 대하여 피상고인은 매매계약 당시 본건의 토지전부는 피상고인의 소유였다는 사실을 주장하고, 상고인은 본건 토지의 일부는 소외 삼전금장(森田金藏, 모리따)으로부터 매수하고 다른 일부는 국유지라고 사료하여 어느 누구로부터 매수한 것이 아니라는 주장을 한 것이다. 이와 같은 다툼이 있는 경우에 있어서는, 계약 당시 본건의 토지가 피상고인의 소유였는지의 여부의 사실은 본건 매매계약의 내용여하를 판단할 자료의 하나가 될 수 있으므로, 원심이 본건 토지는 매매계약 당시 피상고인의 소유라는 사실을 판단의 자료로 한 것은 위법하지 아니하다. 또한 구 목포민단에서 수도용지로서 매수한 지역의 범위 여하도 역시 본건 매매계약의 내용 여하를 판단할 자료가 될 수 있으므로, 원심이 증인 고근신례(高根信禮, 다까네)의 “저수지보호를 위하여 저수지를 위요하고 있는 각 산판의 분수령 이내는 필히 함께 매수할 필요가 발생하고 그 매수를 하였다. 그 매수된 부분은 경계의 목표로서 수도유역경계로 제목붙인

표석을 적절한 장소로 건립하고 …”이라는 증언과 검증의 결과 인정된 분수령, 산령에 수도유역경계로 조각된 표석이 건설된 사실을 참작하여, 그 범위를 명백히 한 것은 상당하고 소론과 같이 표석건설의 사실은 매매성부의 쟁점에 관계없다고 말할 수 없다. 다음으로 원판결은 단지, (10), (12), (13), (11)의 지역(병지)가 피상고인으로부터 구 목포민단에 매도된 사실로부터 추론하여 (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8)의 지역(갑지) 및 (8), (7), (9), (10), (11)의 지역(을지)도 동일하게 피상고인으로부터 구 목포민단에 매도된 것이라고 인정한 것이 아니다. 제반의 증거를 종합하여, 본건의 토지 19,333평 5홉 1작 5재가 피상고인으로부터 구 목포민단에 매도되었다고 인정하였음은 원판결의 이유에 비추어 명백하다. 대금의 점에 관하여는 원심은 병지가 1평 대금 10전의 비율로 매매된 사실로부터 추론하고, 갑지, 을지도 역시 동일한 비율의 대금으로 매매되었다고 인정하였지만, 원심인정과 같이 본건의 토지전부는 모두 같은 장소에 존재하고, 또한 모두 수도용지로서 사용되는 것이고, 1910년 음 3월 중 동시에 매매된 사실이므로, 그러한 경우에 있어서 그 일부가 1평 10전의 비율로 매매되었다고 한다면, 그 밖의 부분도 역시 동일한 대금으로 매매되었다고 인정하는 것은 부당한 추론이 아니다. 뿐만 아니라 매매의 목적인 토지의 전면적은 19,333평 5홉 1작 5재임은 증거에 기하여 이를 인정한 것이고 원판결에 원용된 증인 청목십삼랑(靑木十三郞, 아오끼), 같은 고근신례(高根信禮, 다까네)의 증언이 허무의 증거가 되지 아니함은 전단에서 이미 설명한 것과 같으므로, 소론과 같이 독단적으로 사실을 인정한 것이 아니다. 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

113 토지소유권확인 및 토지보존증명말소절차인도청구에 관한 건 〔대정5년제186호 1916년 10월 13일 판결〕

【판결요지】

1. 사찰령 시행 이전 구한국시대에 있어서 황실 또는 관청으로부터 사원에 하사된 전답산림은 중승(衆僧)의 결의가 있어도 절대로 이를 처분할 수 없다는 관습은, 사원이 사법상의 법률행위에 의하여 이를 처분하는 경우에 적용이 있음에 그치고, 공법상의 관계에 의하여 사유(寺有)의 전답 또는 산림이 국고나 기타로 귀속하는 것을 방해하는 것이 아니다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 광주지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 정양사 법률상대리인 정양사주지 박형운
소송대리인 박승빈
【피상고인】 임봉호

위 당사자 간의 토지소유권확인 및 토지보존증명말소절차인도 청구사건에 관하여 1916년 6월 6일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주　문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이　유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
본건 계쟁토지가 원래 상고 사찰의 소유로서 피상고인이 그 마름이 되어 이 토지를 관리하여 왔음은 피상고인이 인정한 사실이다. 그리고

본건에서 피상고인의 주장은 1904년 중 어의궁(於義宮)으로부터 양수하여 그 소유권을 취득하였다는 것이다. 상고인은 그 소유권이 어의궁 및 피상고인에게 이전된 사실을 부인하고, 여전히 상고 사찰의 소유임을 주장하였다. 위 사실에 관하여 원판결은 각 증거에 의하여 본건 계쟁지는 항소인이 주장하는 사정 하에 1904년 중 당시의 소유자 어의궁으로부터 항소인(피상고인)에게 하부되고, 항소인의 소유가 된 것이라고 인정함이 상당하다는 취지를 설시하여, 피상고인의 소유권을 시인하고 상고인의 주장을 배척하였다. 그러나 원판결에서 위와 같은 상고인의 소유권이 전전하여 피상고인의 소유가 된 것을 시인하려면, 상기 판시 이외에 나아가 상고인의 소유권이 어의궁으로 이전된 것을 판시할 필요가 있음에도 불구하고, 원판결은 이 점에 관하여는 아무런 판시하는 바가 없이, 만연히 당시의 소유자 어의궁으로부터 하부되었다는 취지만을 설시하여, 상기와 같이 상고인의 소유권이 전전하여 피상고인에게 귀속되었음을 시인함으로써 상고인의 주장을 배척한 것은, 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 원판결은 그 이유에 기재된 제반의 증거에 의하여 본건 계쟁지는 항소인(피상고인)이 주장하는 사정 하에 1904년 중 당시의 소유자 어의궁으로부터 항소인에게 하부되고, 항소인의 소유로 귀속된 것이라고 인정함이 상당하다고 설시하였다. 그리고 피상고인의 주장사실은 본건 계쟁지는 상고 사찰이 궁내부로부터 증여를 받고 일시적으로 그 소유를 하였지만, 그 후 내장원(內藏院)의 일부인 어의궁에 그 권리를 이전하기에 이른 것이고, 상고 사찰의 소유였던 당시 피상고인은 상고 사찰의 의뢰에 의하여 본건 계쟁지의 마름을 하고 있었는데, 그 후 위 토지 중 60여 두락을 진폐(陳廢)하고 …, 세금추심의 방도가 없기에 이르러 광주군청으로부터의 납세독촉은 극히 엄격하고 시급하였으므로, 피상고인은 부득이하게 1902년, 1903년의 세금 208원 여를 상고 사찰을 위하여 대납하고 이를 상고 사찰에 요구하였지만, 당시 그 주지였던 박원응은 그 지급을 하지 아니하고 본건 토지는 이미 내장원의 일부인 어의궁으로 양도되었으니 전남 봉세관(俸稅官) 김영달에게 요구하라는 것이 됨으로써 김영달에게 그 취지를 전송하였는데, 어의궁은 본건 토지의 가격이 피상고인이 대납한 세금의 금액에 미치

지 아니하여 김영달에게 훈령으로 본건 계쟁지를 그 대상(對償)으로서 피상고인에게 하부할 것을 명하고, 김영달은 1904년 음 11월 5일 당해 토지 및 이에 대한 양안(量案) 기타의 서류를 피상고인에게 교부하였으므로 그 이후 피상고인의 소유로 귀속되었다는 것은 원판결 및 원판결이 인용한 제1심판결 사실적시에 비추어 명백하다. 따라서 원판결이 상기와 같은 설시를 한 것은, 즉 피상고인의 주장을 진실로 인정하고, 본건 계쟁지는 원래 상고 사찰의 소유였지만 1904년 11월 15일 당시에는 그 소유권은 상고 사찰로부터 어의궁으로 이전되어 있었고, 피상고인이 당해 토지에 대한 세금 208원을 대납한 관계로 어의궁에서는 당해 토지의 가격과 그 납세액을 교량하여 토지의 가격은 납세액에 미치지 아니한다고 인정하고, 그 납세금을 변상하는 대신에 본건 토지를 피상고인에게 하부한 것이라고 인정한 것에 틀림없다. 그렇다면 상고 사찰로부터 어의궁으로 소유권이 이전되었다는 판지가 있으므로, 그 판시가 없다고 하여 원판결에 이유불비의 위법이 있는 것과 같이 논하고 원판결을 비난하는 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

만일 앞의 제1점 기재의 원판결 이유의 설시가 상고인의 소유권이 어의궁으로 이전되었다는 의미도 포함하는 것이라면, 나아가 아래와 같은 위법이 있다. 원판결은 상고인의 소유권이 이전하여 피상고인의 소유로 귀속된 사실을 인정함에 있어서, 그 증거로서는 김영달, 최윤진, 하문범, 김자명(金子明, 가네꼬), 등본원차랑(藤本元次郞, 후지모또)의 각 증언 중 원판결이 적시한 부분 및 을 제1호증, 같은 제2호증에 의하였다. 따라서 각 그 증거의 내용을 조사한다면, 김영달, 최윤진의 증언에 의하여도 상고 사찰과 어의궁과의 사이의 소유권이전의 관계에 대하여는 그 원인 및 시기에 관해 조금도 진술한 바가 없다. 이에 의하여는 그 권리이전의 사실을 인정할 수 없다. 하문범의 증언은 1904년 중에 본건 토지 중 진폐의 부분이 있음을 진술한 것에 그치고, 그 밖의 권리관계에 관하여는 조금도 증거로 할 수 있는 바가 없다. 다음으로 김자명(金子明, 가네꼬) 및 등본원차랑(藤本元次郞, 후지모또)의 증언 중에는, 전자에는 본건 계쟁지는 원래 어의궁의 소유로서 상고 사찰은 그 소작을 한 관계에 관한 진술이 있다. 후자에는 동일하

게 본건 계쟁지는 원래 어의궁의 소유로서 피상고인은 이를 소작하고 수익은 상고 사찰이 취득하고 있었다는 관계에 관한 진술이 있다. 이에 의하여는 상기와 같은 소유권이전에 관한 증거로 할 수 있는 바가 없다. 뿐만 아니라 오히려 상기 소유권이전의 관계는, 그 하부를 받은 것은 이에 의하여 그 소유권을 취득하기에 이르는 것이므로, 원심의 본건 계쟁지의 관계와 상반되는 사실의 진술만이 있게 된다. 그 밖에 을 제1호증, 제2호증에 의하여도 아직 상기 소유권이전의 사실을 인정할 증거가 될 만한 것이 없다. 따라서 이러한 증거에 의하여 상기의 소유권이전의 사실을 인정한 것은, 기실 증거에 의하지 아니하고 사실을 확정한 위법이 있다고 사료한다. 가령 위 증거 중 김영달, 최윤진의 증언 또는 을 각 호증 중의 기재에 의하여 위 소유권이전의 사실을 인정할 증거가 있다고 하여도, 김자명(金子明, 가네꼬) 및 등본원차랑(藤本元次郎, 후지모또)의 증언 중에는, 상기와 같이 위 소유권이전의 관계와 절대로 상반되는 기재가 있다. 왜냐하면 같은 사람등의 증언 중의 기재에 의하면 상고 사찰은 원래 소유권이 없는 것으로 귀착된다. 따라서 소유권을 갖지 아니하는 상고 사찰로부터 어의궁에게 소유권을 양도하는 것은 불가능하기 때문이다. 그와 같은 서로 모순된 2가지 증거가 있는 경우에 있어서는, 법원은 어느 한쪽을 채용하고 다른 한쪽을 배척하여 그 채용하는 쪽의 사실을 인정하여야 함은 다언을 요하지 아니한다. 그런데 원판결은 그 서로 모순되는 2가지 증거를 모두 채용하여 그 한쪽의 증거와 모순되는 다른 한쪽의 증거에 의한 사실을 인정한 것은, 채용법칙에 위반한 것이다.

살피건대, 원판결은 증거에 의하여 본건 계쟁지는 원래 상고 사찰의 소유였지만, 그 후 그 소유권은 어의궁으로 이전되고 피상고인은 같은 어의궁으로부터 하부를 받아 그 소유권을 취득하기에 이른 것이라고 인정하였음은, 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같다. 그리고 원심이 위 사실인정을 위하여 원용한 증인 김영달, 최윤진의 각 증언 중, 본건 계쟁지는 이전 정양사의 소유였지만 1904년 중에는 내장원의 소유로 귀속되었다는 취지의 진술 및 그 밖의 원심원용의 각 증거를 종합하면, 원심 인정과 같이 본건 계쟁지는 원래 상고 사찰의 소유였지만 1904년에는 그 권리는 어의궁으로 이전되어 있었고 어의궁은 이를 피

상고인에게 하부한 사실을 인정할 수 있으므로, 원판결은 소론과 같이 증거에 의하지 아니하고 가공으로 사실을 인정한 위법이 있지 아니하다. 또한 판결에 증인의 진술을 적기함에 있어서, 그 일부에 다른 증거와 모순되고 판결의 인정 사실에 반하는 진술이 있다고 하여도, 그 밖의 부분의 진술로서 사실인정의 자료로 사용할 수 있다. 판결 역시 이에 의하여 그 사실을 인정한 취지가 될 때에는, 그 일부에 상기와 같은 부당한 진술이 있어도 이로써 판결에 위법이 초래되지 아니한다. 그리고 원심이 원용한 증인 김자명(金子明, 가네꼬)의 진술 중에는, 임봉호는 당해 토지의 황폐(荒廢), 세금의 증가에 의하여 유지곤란을 초래하고, 자신이 소작인이어서 세금의 독촉을 받아 부득이 하게 이를 납입하여 일면 정양사에 대하여 그 체당금의 반환을 구하였지만, 이에 대처할 힘이 없다고 하여 상대하여 주지 않아 내장원에 청원한 결과, 자신에게 하부하는 지령이 있었다는 취지를 말하고 있는 진술, 같은 증인 등본원차랑(藤本元次郎, 후지모또)의 진술중에는, 임봉호는 수년 흉작이 계속되어 자연히 토지가 황폐해져서 거의 수익이 없는 상태에 이르러 …, 해마다 조세를 납입하여 왔는데 오늘에 이르러 정양사가 이를 자신의 소유로 하려고 그 소유권을 주장하는 것은 부당하다 … 라고 말한 취지의 진술이 있고, 이러한 진술에 의하면 피상고인이 본건 계쟁지의 세금을 대납한 사실 및 피상고인이 그 대납금을 상고 사찰에 청구하였는데 상고 사찰은 그 지급을 하지 아니하여 내장원에 그 구제를 구한 사실을 인정할 자료로 하기에 충분하다. 원심 역시 이러한 사실인정을 위하여 같은 증인 등의 진술을 원용한 것에 불과하므로, 우연히 이러한 진술과 함께 적기된 같은 증인 등의 다른 진술에 소론과 같이 원판결이 원용한 그 밖의 증거와 모순되고, 따라서 또한 판결의 인정 사실에도 상반하는 것이 있다고 하여도, 이와 같은 경우에는 그 부분의 진술은 원심이 채용하지 아니한 것이라고 인정할 수 있으므로, 이를 적시하였다 하여 원판결에 소론과 같은 위법을 야기하는 것이 없고 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

가령 상고 사찰의 당시의 주지였던 박원응이 본건 토지를 어의궁에 양도하는 처분행위를 하였다고 하지만, 조선의 관습상 사유전토(寺有

田土)는 그 주승(主僧)이 그 처분을 하는 것이 허용되지 아니한다. 본건 토지는 원래 궁내부로부터 상고 사찰에 하사된 것임은 원심에서 피상고인이 스스로 주장한 바이고, 당사자 간에 다툼이 없는 사실이다. 그와 같은 관으로부터 하사된 사유전토는 절대로 그 처분을 할 수 없는 것이다. 따라서 가령 상고 사찰이 이를 처분하는 행위를 하였다고 하여도, 결국 그 행위는 관습법에 위반된 무효인 행위이고 절의 소유권은 이에 의하여 상실되는 일이 없다. 그런데 원판결이 상고 사찰이 본건 토지의 소유권을 처분하고 전전하여 피상고인의 소유로 귀속된 법률관계를 시인한 것은, 위법이 있다고 사료한다. 또한 가령 본건 토지와 같은 사유재산도 절대로 처분할 수 없는 것이 아니라 하여도, 조선관습상 사유전토를 처분함에 있어서는 그 사원의 중승(衆僧)의 결의에 의한 승인이 있음을 요한다. 따라서 상고 사찰의 본건 전답의 처분행위를 시인하려면, 상고 사찰 중승의 결의의 유무는 물론 상고 사찰의 본사인 표훈사의 승인의 유무에 관하여 심리판단을 하여야 한다. 그런데 원판결이 위의 사항을 전혀 불문에 붙이고 만연히 상고 사찰의 처분행위를 시인한 것은, 이유불비의 위법이 없다면 관습법을 몰각한 위법이 있다.

살피건대, 사찰령 시행 이전 구한국시대에 있어서 황실 또는 관청으로부터 사원에 하사된 전답, 산림은 가령 중승의 결의가 있어도 절대로 이를 처분할 수 없는 관습이 존재하였음은, 당원의 판례(명치44년 상제47호 상고인 정해조 피상고인 조동환 간의 전답인도 청구사건 1911년 4월 10일 판결)로서 인정하는 바이다. 그러나 당해 관습은 사원이 사법상의 법률행위에 의하여 이를 처분하는 경우에 적용되는 것에 불과하고, 공법상의 관계에 의하여 이와 같은 사유전답 또는 산림이 국고 또는 그 밖으로 귀속되는 것은 조금도 불가능하지 아니하다. 그리고 본건 계쟁지는 원래 궁내부로부터 상고 사찰에 증여되고 그 소유로 귀속된 것임은 피상고인이 원심에서 인정한 바이다. 그러나 원판결은 본건 계쟁지가 상고 사찰의 사법상의 처분행위에 의하여 어의궁의 소유로 귀속되었음을 인정한 것이 아니므로, 원판결은 반드시 상기 관습에 위배된 것이라고 말할 수 없고 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결은 앞의 제1점 소론과 같이, 피상고인은 당시의 소유자 어의궁으로부터 본건 토지의 소유권을 양수하였다는 취지를 판시하였다. 그러나 어의궁이라는 것은 권리의 주체로서의 인격을 갖는 것이 아니다. 따라서 소유권의 양수 또는 양도는 모두 불능이다. 그런데 원판결에서 원래 상고 사찰의 소유권이 어의궁을 거쳐 전전하여 피상고인에게 귀속된 것 같이 판시한 것은, 인격이 없는 것을 인격이 있는 것으로 오해한 위법이 있다.

살피건대, 어의궁은 원래 궁내부의 일부에 속하는 관청으로서 인격을 갖는 것이 아니지만, 공법상 또는 사법상 행위에 의하여 재산을 취득하고 이를 그 소속재산으로서 보유할 수 있다. 뿐만 아니라 자유롭게 이를 처분할 수 있으므로, 어의궁이 그 소속재산을 사인에게 하부할 때 원래 상고인의 소유인 물건이었지만, 그 후 어의궁이 그 권리를 취득하고 이를 피상고인에게 하부하여 피상고인이 이에 의하여 그 소유권을 취득하였다는 취지를 설시한 것은 상당하고, 원판결은 반드시 어의궁에 인격이 있다고 인정한 것은 아니므로, 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

앞의 제4점에서 적은 원판결의 설시로서, 어의궁은 국가에 부속된 하나의 관서이고 당시의 소유자인 어의궁으로부터 하부되었다는 취지의 판시는, 즉 국가에서 그 소유권을 취득하고 이를 피상고인에게 이전하였다는 의사임에 틀림없다고 해석된다. 그러나 원래 국가가 사유토지의 소유권을 취득하거나 국유토지를 사유로 귀속시키려면 각 행정법상 소정의 절차가 있고, 그 법정의 절차를 거치지 아니하면 그 권리의 이전의 효과가 발생하지 아니한다. 따라서 본건과 같은 상고 사찰의 소유 전토의 소유권이 국가로 이전되고 다시 국유에서 피상고인으로 하부되었음을 시인하려면, 행정법상 여하한 절차를 거쳐야 하는지에 관하여 심리판단을 할 필요가 있다. 그런데 원판결은 이 점에 관하여 아무런 심리판단을 하지 아니하고 만연히 원래 상고 사찰 소유 전토의 소유권이 어의궁을 거쳐 피상고인에게 귀속되었음을 인정한 것은, 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 과거 한국에서 법제가 완비되지 아니한 시대에는 관청이

어떤 행정상의 처분행위를 하려면 그 절차와 같이 준거하여야 하는 일정한 규정이 없고, 대부분은 그 자유재량에 맡겨진 것이므로, 만일 권한이 있는 관청이 사인의 재산을 징수하거나 그 소속의 재산을 일개 사인에게 하부하는 것과 같은 처분을 한 때에는, 그 처분의 당부는 일단 차치하고 명시 또는 묵시로 그 취소가 없는 한 그 처분은 유효하게 존속하는 것이다. 따라서 가령 그 절차에 부당한 점이 있다고 하여도, 원심 원용의 각 증거를 종합하면 원심인정과 같이 본건 계쟁지는 원래 상고 사찰의 소유였지만, 1904년에는 내장원의 소유가 된 점이 있어도 처분의 효력에 영향이 없으므로, 그 진행된 절차와 같은 것을 상세히 설명할 필요가 없다. 그리고 원판결은 본건 계쟁지는 원래 상고 사찰의 소유였지만, 그 후 그 권리는 어의궁으로 이전되고 어의궁은 다시 이를 피상고인에게 하부하여 피상고인은 이에 의하여 그 소유권을 취득한 사실을 인정하고, 어의궁은 유효하게 본건 계쟁지의 소유권을 취득하고 나아가 이를 피상고인에게 하부한 것임이 명백하므로, 어의궁이 이와 같은 처분을 함에 있어서 여하한 절차에 의하였는지는 반드시 이를 설명할 필요가 없다. 따라서 원심이 그 설명을 하지 아니하여도 소론과 같은 이유불비의 불법이 있지 아니하다. 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

114 토지인도 및 등기절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제189호 1916년 10월 13일 판결〕

【판결요지】

1. 유저당계약이 존재하는 경우에 채무자가 변제기한이 되어도 채무를 완제하지 아니할 때에는, 가령 일부의 변제가 있어도 기한경과와

동시에 저당물권의 소유권은 당연히 채권자에게 이전한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 윤봉규
소송대리인 문봉일
【피상고인】 허인술

위 당사자 간의 토지인도 및 등기절차이행 청구사건에 관하여 1916년 6월 13일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 특별관계에 의하여 권력행사를 오인한 위법이 있다. 소위 유저당계약에 기하여 당해 저당토지의 소유권이 유질되는 경우란 채무자의 채무불이행에 의하여 발생하는 것이다. 따라서 채무자가 기한이 되어 원리금 및 이에 부대하는 이자를 채권자에게 지급한 때에는, 동시에 당해 계약은 소멸한다. 그 날부터 원금변제일까지의 이자는 계약에 의하여 계산하여야 하지만, 당사자 간에 나아가 유저당으로 한다는 특약이 있으면 별도로 하고, 그러하지 아니한 경우에 있어서는 당해 토지는 보통저당인 담보물이 됨에도 불구하고, 기한 경과와 동시에 당연히 유저당의 효력이 있다고 판단한 것은, 위법한 판결임을 면할 수 없다.
살피건대, 유저당계약이 존재하는 경우에 있어서 채무자가 변제기한

이 되어도 채무를 완제하지 아니할 때에는, 가령 이자를 지급하는 등 일부의 변제가 있어도 유저당계약은 이로 인하여 소멸하지 아니하고, 그 기한경과와 동시에 저당물건의 소유권은 당연히 채권자에게 이전함은 유저당계약의 효력이다. 본 논지는 유저당계약의 효력을 오해함으로써 원판결을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 소(訴)의 의사표시를 인용한 위법이 있다. 대차관계에 관하여는, 특약은 합의상 해제되고 보통 저당권설정계약을 유지함에 불과함에도, 피상고인은 채권독촉의 의사표시 또는 소장이 상대방에게 송달된 의사표시로 유저당계약의 효력이 발생하는 정당한 의사표시라고 말한다. 그러나 대차관계의 특약이 소멸된 때에는, 취득권도 역시 동시에 소멸함은 조리상 명백하다. 왜냐하면 채권자가 특약을 이행함은 채무자에 대한 특약관계에서 발생하는 권력행사의 결과임에 틀림없다. 그런데 원심이 피상고인의 불법의 의사표시에 의하여 계약의 권한행위를 유효라고 판단한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 당사자 간의 유저당계약이 합의상 이미 해제되었다는 것은 원판결이 인정하지 아니하는 바이므로, 이를 인용할 수 없다. 그리고 유저당계약은 채무자가 채무를 완제하지 아니하고 변제기한을 경과한 때에는, 기한경과와 동시에 그 효력이 발생하고 저당물건의 소유권은 채권자에게 이전하는 것으로, 별도로 채무자에 대하여 채권자로부터 그 계약을 실행할 의사표시를 할 필요가 없으므로, 원판결이 채권자의 의사표시에 의하여 그 효력이 발생한다고 하면, 피상고인이 1915년 10월 27일 그 의사표시를 하였다는 것은 인정할 수 있는 증빙이 없지만, 소장이 상대방에게 송달된 때에 채권자의 의사표시가 있다고 인정할 수 있다는 취지를 설시하여, 유저당계약의 효력이 발생함을 판정한 것은 위법임을 면할 수 없다고 하여도, 원판결에는 위 설시의 전단에서 이미 변제기한을 경과한 것을 인정하고 기한경과와 동시에 유저당계약은 효력이 발생하여, 저당물건인 계쟁토지의 소유권은 피상고인에게 이전된다는 취지를 판시함으로써, 이 점에서 원판결은 정당하게 된다. 그 판결주문을 지지할 수 있으므로 상기 원판결의 위법을 원판결을 파기하여야 하는 하자로 하기에 부족하고, 본 논지는 결국

원판결을 파기하여야 하는 상고이유가 되지 아니한다.
상고이유 제3점은 다음과 같다.
원판결은 증언을 원용한 불법한 판결이다. 피상고인의 증인이라면 피상고인에게 있어서 알선인이다. 가장의 허언을 하여도 이미 상기의 사실과 같이 당해 계약이 소멸한 이상은, 증언을 인용할 필요가 없음에도 이를 원용한 것은 전적으로 불법한 판결이다.
살피건대, 당사자 간의 유저당계약이 소멸하였다는 것은 상고인이 주장하는 바이지만, 원판결이 인정하지 아니한 바이다. 그리고 증인의 증언을 신용하여 사실판단의 자료로 이용하는지의 여부는 오로지 사실법원인 원심의 직권에 속하므로, 본 논지는 결국 원심의 전권인 증거의 취사판단을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.
이상 설명하는 바와 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

115 약속어음금청구에 관한 건
〔대정5년민상제165호 1916년 10월 20일 판결〕

【판결요지】

1. 상법 제440조의 소위 직접 대항할 수 있는 사유는 어음채무자와 청구자와의 사이에 직접 발생한 각종의 항변사유는 물론, 다른 사법상 특히 유통증권에 관한 규정에 의하여 채무자가 갖는 항변사유를 포함하므로, 민법 제472조, 제473조의 규정의 반대해석으로서 지시채권 및 무기명채권의 채무자가 원채권자에게 대항할 수 있는 사유로 악의의 양수인에게 대항할 수 있는 것과 같이, 어음채무자는 악의의 양수인에 대하여는 전주(前主)에게 대항할 수 있는 사유로 이에 대항할 수 있다.

[참 조] 어음의 채무자는 본편에 규정이 없는 사유로 어음상의 청구를 하는

자에게 대항할 수 없다. 단, 직접 대항할 수 있는 사유는 이에 한하지 아니한다(상법 제440조).
지시채권의 채무자는 그 증서에 기재된 사항 및 그 증서의 성질로부터 당연히 발생하는 결과를 제외하고, 원채권자에게 대항할 수 있는 사유로 선의의 양수인에게 대항할 수 없다(민법 제472조).
전조의 규정은 무기명채권에 이를 준용한다(민법 제473).

1. 어음의 발행인과 수취인과의 사이에 배서양도를 금지하는 합의를 한 때에는, 어음면에 그 기재를 하지 아니한 때라고 하여도 당사자 간에는 유효하므로, 그 합의가 존재함을 알고 배서양도를 받은 자가 있을 때에는, 발행인은 직접 대항할 수 있는 사유로서 그 악의의 양수인에 대하여 어음상의 권리를 부인할 수 있다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김사집
소송대리인 김종건
【피상고인】 안재기

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1916년 6월 7일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
원판결을 파기하고 본건을 경성복심법원으로 환송한다.

【이 유】
상고이유는 다음과 같다.
어음상 기재가 없는 사항은 아무런 효력도 발생하지 아니함은 본건의 원판결이 설명하는 바와 같지만, 발행인과 어음소지인 간에 있어서 직접 대항할 수 있는 사항에 관하여는 어음상 기재가 없어도 대항할 수 있음은 상법규정에 의하여 한 점의 의문의 여지도 없다. 그리고 원

판결의 이유에 의하면 (전략) 피항소인(피상고인)은 위 사정을 알면서 권홍주로부터 배서양도를 받았다고 항변하였음에도 불구하고, 이 점에 관한 판단을 하지 아니하고 바로 어음면에 기재가 없으면 그 효력이 없다는 설명 하에, 어음면에 기재가 없으므로 항소인(상고인)의 항변을 배척하였다. 그렇다면 원판결은 심리불비의 불법이 있음과 동시에 어음법상의 직접대항에 관한 규정을 무시한 불법한 판결이라고 사료한다라는 점이다.

살피건대, 어음채무자는 어음법상의 항변권 이외에 직접 대항할 수 있는 사유로 청구자에 대하여 항변할 수 있음은, 상법 제440조의 규정에 의하여 명백하다. 그리고 그 직접 대항할 수 있는 사유란 어음채무자와 청구자와의 사이에 직접 발생한 각종의 항변사유는 물론, 그 항변사유가 가령 당사자 간에 발생한 직접관계가 아니라도 다른 사법상 특히 유통증권에 관한 규정에 의하여 채무자에 대하여 이로써 항변사유로 하는 것이 허용된 경우에는, 채무자는 청구자에 대하여 이를 항변사유로서 주장할 수 있으므로, 이 역시 직접 대항할 수 있는 것이라고 말하여야 한다. 즉 민법 제472조, 제473조에 의하면, 지시채권 및 무기명채권의 채무자는 원채권자에게 대항할 수 있는 사유로 선의의 양수인에게 대항할 수 없다는 취지를 규정함으로서, 그 반대해석으로서 이와 같은 채권의 채무자는 악의의 양수인에 대하여는 원채권자에게 대항할 수 있는 사유로서 항변을 할 수 있음이 명백하다. 뿐만 아니라 같은 민법의 규정은 상법의 규정에 대하여 보통법임은 상법 제1조의 규정으로 보아도 명백하고, 어음과 같은 유통증권에 대하여도 역시 이를 적용할 수 있음은 물론이므로, 어음의 소지인이 그 전주에게 어음채무자로부터 대항할 수 있는 항변사유가 존재함을 알면서 당해 어음을 양수한 때에는, 그 항변사유가 그 성질상 전주에 대하여만 대항할 수 있는 것일 때에는 별개로 하고, 그러하지 아니한 때에는 어음채무자는 그러한 악의의 양수인에 대하여 그 악의를 주장하고 직접 대항할 수 있는 사유로서 전주에게 제출할 수 있는 동일한 항변을 제출할 수 있다. 그리고 어음의 배서양도의 금지는 이를 어음면에 기재하지 아니하면 절대로 효력이 발생하지 아니하는 것이 아니고, 발행인이 수취인과 어음의 배서양도를 금지하는 합의를 한 때에는, 가령 어음면에 그 기재를 하지

아니하여도 그 합의는 원래 당사자 간에는 유효하고, 수취인은 이에 기속되어 그 어음의 배서양도를 할 수 없다. 따라서 그 합의가 존재함을 알면서 그 배서양도를 받은 자도 이에 의하여 어음상의 권리를 취득하지 못하므로, 그러한 악의의 어음소지인에 대하여는 어음채무자인 발행인은 직접 대항할 수 있는 사유로서 수취인과의 계약을 주장하고, 그 어음상의 권리를 부인할 수 있다고 하여야 한다. 그런데 원판결의 사실적시에 의하면 상고인은 항소인(상고인)과 소외 권홍주와의 사이에 있어서 배서양도를 금지하는 약속 하에 본건 어음을 발행한 것이고, 피항소인(피상고인)은 그 사정을 알면서 양도를 받은 것이라고 항변한 것이며, 만일 그 항변과 같이 피상고인이 악의의 양수인인 이상은, 상고인은 수취인인 권홍주와의 배서금지의 합의를 주장하여 같은 사람으로부터 배서양도를 받은 피상고인의 어음상의 권리를 부인할 수 있으므로, 피상고인이 그 배서양도시 악의인지의 여부는 본건의 당부를 결정함에 있어서 매우 중요한 쟁점이다. 그런데 원심이 배서양도의 금지는 어음면에 기재하지 아니하면 절대로 효력이 없는 것과 같이 논하고, 상고인 및 권홍주 간의 배서양도금지의 합의에 관하여 피상고인이 선의인지 악의인지를 묻지 아니하고 상고인의 항변은 이유가 없다는 취지를 설시하여, 상고인 패소의 판결을 한 것은 타당하지 아니하다. 본 논지는 이유가 있고 원판결은 파기를 면할 수 없다. 그리고 본건은 나아가 변론 및 재판을 하게 할 필요가 있음은 앞의 설명에 의하여 명백하므로, 이를 원법원으로 환송함이 상당하고 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

116 토지소유권확인 · 인도 및 소유권이전증명말소절차청구에 관한 건
〔대정5년민상제113호 1916년 10월 27일 판결〕

【판결요지】

1. 조선에서 종중의 공유물매각처분에 관하여 도유사(都有司) 또는 유사(有司)가 대리권을 갖는지의 여부는, 도유사 또는 유사와 종중의 자와의 사이에 있어서의 계약의 취지에 의하여 결정하여야 하고, 도유사 또는 유사가 당연히 종중의 대리권을 갖는 관습이 없다(상고이유 제3점).

1. 제2심에서 유자(幼者)의 법률상 대리인이 유자의 소송대리인이 한 소송행위를 추인한 때에는, 그 소송대리인이 한 소송행위는 추후보완된 것이다(상고이유 제7점).

【제 1 심】 광주지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 고봉상
소송대리인 김사집
【피상고인】 이승학 외 143인
소송대리인 고교장지조(高橋章之助, 다까하시)
【피상고인】 이동성 외 42인

위 당사자 간의 토지소유권확인·인도 및 소유권이전증명말소절차청구사건에 관하여 1916년 4월 5일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.
증인 이정호는 이(李) 문중의 1인으로서 제1심, 제2심의 신문을 대

조하면 증언이 모순되어 믿을 수 없다. 이 문중 이외의 김현각 증언과 같이 본건과 아무런 관계없는 증인의 말을 신뢰하지 아니하고 판결한 것은 타당하지 아니하다라는 점이다.

살피건대, 제2심에 있어서의 증인 이정호의 진술이 제1심에서의 진술과 상위하고, 또한 같은 사람이 피상고인의 문중에 속한다고 하여도, 같은 사람의 제2심에서의 증언은 채용할 수 없는 것이 아니다. 또한 그 문중 이외의 증인 김현각의 증언이라 하여도 이를 배척할 수 없는 것이 아니다. 따라서 본 논지는 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단을 비난하는 것에 불과하므로, 상고적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

증인 김현각의 증언과 같이 이정호, 이승원, 이승정, 이승효는 이 문중의 대표자로서 같은 문중이 사용하는 인장을 보관하고, 증서에 날인한 것은 피상고인 등의 협의 하에 한 행위와 다르다. 문중의 인장을 작성하고 문중으로부터 선정된 이상, 대표자가 한 행위는 즉 문중의 행위인 것으로 표시하는 것이고, 이욱환 개인 사이에 있어서 매매한 것이라는 판결은 불법이다.

살피건대, 김현각의 증언은 원심에서 채용되지 아니한 바이고, 원심은 원심 증인 이정호의 진술에 의하여 본건 토지의 매각은 이욱환이 대표권한 없이 함부로 개인으로서 한 무효인 행위임을 인정하였다. 따라서 본 논지는 결국 원심이 채용하지 아니한 증거에 기하여 원심의 직권에 속하는 사실의 인정을 비난하는 것에 불과하므로, 상고 적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

조선의 관습에 의하면 각 씨족 단체에 있어서 도유사 또는 유사라는 것을 두고, 종중의 소유인 재산 및 그 밖의 중요사무를 처리할 권한을 부여함과 동시에, 씨족 단체(일문의 종중)의 공동사업의 유지 및 발전을 도모함을 위탁함으로써, 도유사 또는 유사의 책임을 갖는 자는 항상 종중의 대리인으로서 자신의 씨족단체를 위하여 채권의 추심 및 채무의 변제와 동산·부동산의 매수매각을 하는 자이다. 따라서 제3자와 계약 그 밖의 법률행위를 하는 경우에 있어서, 제3자는 단지 도유사 또는 유사의 당연한 대리권을 믿고 계약 그 밖의 법률행위를 함에

관하여 아무런 우려를 하지 아니한다. 왜냐하면 조선인의 각 씨족단체의 도유사 또는 유사는 당연히 종중의 대리권을 갖는 바이기 때문이다. 그리고 원판결에 의하면 전략 “이욱환이 도유사가 됨으로써 문중의 협의를 기다리지 아니하고 자신의 소유명의로 한 것이고, 위 토지 명의를 피항소인(상고인)에게 이전하였지만 (중략) 문중의 승인을 얻은 것이 아님은 명백하다”…의 설명을 하고, 도유사인 이욱환은 피상고인(항소인)의 문중의 소유인 본소 토지에 관하여 아무런 권한이 없음을 인정하였다. 그렇다면 원판결은 조선관습법상의 원칙에 반하는 불법한 판결이다.

살피건대, 조선에서 종중의 공유물의 매각처분에 관하여 도유사 또는 유사가 대리권을 갖는지의 여부는, 도유사 또는 유사와 종중자와의 사이에 있어서의 계약의 취지에 의하여 이를 결정하여야 하고, 도유사 또는 유사가 당연히 종중의 대리권을 갖는 관습이 없으므로, 원심은 증거에 의하여 피상고인 문중의 도유사인 이욱환이 문중의 협의를 기다리지 아니하고 본소 토지를 피상고인에게 매각한 것은, 아무런 권한 없는 무효인 행위라고 판정한 것은 원심직권의 행사임에 틀림없고, 조금도 조선관습상의 원칙에 반하는 불법이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

전항 설명과 같이 씨족단체의 도유사 또는 유사는 종중의 대리권이 있음은 조선인 간에 있어서 부정할 수 없으므로, 일반 공중은 사람의 종족의 도유사 또는 유사와 거래를 하는 경우에 있어서, 도유사 또는 유사나 종중으로부터 특별한 의사를 표시하지 아니하는 한은 모두 종중을 위하여 하는 것이라고 추론할 수 있다. 왜냐하면 동일한 조상의 자손인 각 사람은 원격의 지(地)에 산재하기 때문에 조상의 명예훼손을 회복하는 경우와 같이 유학가의 소위 조상의 봉사경모(奉事敬慕)하는 것은 중대하고, 또한 중요한 사항이 아니면 일시에 소집할 수 없으므로, 도유사 또는 유사인 임원을 선정하여 종중의 사무를 처리하게 하였다. 뿐만 아니라 씨족시대의 씨족전체를 통솔할 존장을 선정한 고래의 관념에 기인하는 것이기 때문이다. 그리고 원판결은 도유사라는 자는 본건 토지에 관하여 아무런 권한이 없다는 취지를 설명할 뿐이

고, 도유사의 문중에 대하여 대리권이 있는지의 여부의 점에 관하여 한 점의 설명도 하지 아니하고 피상고인(항소인)의 청구를 인용하였다. 그렇다면 원판결은 심리부진의 판결임과 동시에 민법 제100조 제2항 단서 규정을 무시한 불법한 판결임을 면할 수 없다.

살피건대, 조선에서 종중의 공유재산을 매각처분함에 있어 도유사 또는 유사가 당연히 종중의 대리권을 갖는 관습이 없는 점 및 원심은 증거에 의하여 도유사인 이욱환이 본건 토지매각에 관하여 대리권을 갖지 아니한 자임을 판정한 것은, 상고이유 제3점에서 설명한 바와 같다. 그리고 본건 토지매각처분에 관하여 도유사인 이욱환에게 대리권한이 있는지의 쟁점이므로, 이미 이 점에 관하여 대리권이 없음을 판시한 이상은 그 이외에 도유사가 문중을 위하여 어떠한 대리권이 있는지는 판시할 필요가 없다. 따라서 그 판정을 하지 아니하여도 심리부진의 판결이라고 말할 수 없다. 또한 원심이 인정한 사실로서 상기와 같은 이상은 민법 제100조 단서를 적용하여야 하는 경우가 아님은 두말할 필요가 없는 바이므로, 그 적용을 무시하였다고 하는 논지는 상고이유가 되지 아니한다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

1개의 물건에 관하여 다수의 공유자가 있는 경우에는, 일반적인 법리에 의하여 조합에 있어서의 규정을 준용하여야 함은 논의가 일치하는 바이고, 반대의 논리를 주장할 여지가 없다. 그리고 민법상 조합에 관한 규정을 본다면, 조합에 있어서 업무집행원을 선정한 경우에 업무를 집행할 자가 수인 있는 때에는 그 과반수로 조합의 업무를 결정한다고 규정되어 있고, 이에 의하여 본다면 업무를 집행하는 자 1인만이 있을 때에는, 그 1인의 단독의사에 의하여 결정하여야 하는 것이라고 말하여야 한다. 그런데 종족일단의 공유에 관한 물건의 보존처분에 관하여도 전술한 이론에 의하여 결정하여야 한다. 그리고 본건과 같은 종중의 도유사로서 조합의 업무집행원에 해당한다고 인정할 수 있는지의 여부는, 제1항 및 제2항의 설명에 의하여 논의한다면, 업무집행원인 것은 한 점의 의문의 여지가 없다. 그렇다면 업무집행원인 도유사가 문중의 재산을 처분하는 것은 적법한 행위라고 말하여야 한다. 그리고 원심은 도유사라는 자의 본소 토지의 매각은 아무런 권한이

없다는 취지의 설명을 하고, 피상고인(항소인)의 청구를 인용하였다. 그렇다면 원판결은 공유에 관한 법칙을 무시한 불법한 판결이다.

살피건대, 조합계약에 의하지 아니하는 종중의 공유물에 관하여는 민법상 조합에 관한 규정을 적용할 수 없으므로, 조합계약에 의하지 아니하는 본건의 경우에 있어서 종중의 도유사가 조합의 업무집행원에 해당하는 것이라고 말할 수 없음은 물론이다. 뿐만 아니라 공유물의 매각처분은 공유자전원의 합의가 없으면 이를 할 수 없으므로, 원심이 본소 토지를 도유사인 이욱환이 이 문중의 협의를 기다리지 아니하고 함부로 소유명의를 상고인에게 이전한 행위는 아무런 권한이 없는 무효인 행위이고, 그 소유권은 여전히 피상고인에게 존재하는 것이라고 하여 피상고인의 청구를 인용한 것은 상당하다. 따라서 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

재판은 민사 형사를 묻지 아니하고 사실을 인정함에 있어 증거방법에 의하여야 한다. 그런데 원판결의 본건 토지가 공부상 이욱환의 명의로 기재된 것은 항소인(피상고인)이 관여한 것이 아니라는 등의 설명을 함에 그치고, 아무런 증거의 적시를 하지 아니하였다. 그렇다면 원판결은 증거가 없는 사항을 인정한 불법이 있다.

살피건대, 원판결이 원용한 제2심 증인 이정호의 신문조서에 비추어 보면, 본건 계쟁지 즉 답 6두락, 3두락, 전 9두락을 1914년 혹은 1915년에 항소인(피상고인) 이(李) 문중으로부터 피항소인(상고인) 고봉상에게 이욱환 명의로 매각하지 아니하였다. 위 토지가 과거 이욱환으로 결수련명부상 기재되었던 것이 고봉상 명의로 이동되어 있어도, 그것은 이욱환의 개인으로서 한 것이고 항소인 이(李) 문중의 자(者)가 협의의 결과 피항소인 명의로 이동한 것이 아니다. 문중에 있어서 위 이동의 사실을 승인하고 있었던 일은 결코 없다. 상기 이욱환은 과거 문중의 1인으로서 그 이욱환 소유 명의로 기재하는 것은 항소인 문중에 있어서 승인하고 있는 사실이 아니라고 진술함으로써, 원심은 본건 토지가 공부상 이욱환의 명의로 기재된 것은 항소인이 관여한 것이 아니라는 등의 판시는, 상기의 증언에 기한 것임이 판결문상 명백하므로, 소론과 같이 증거가 없는 사항을 인정한 불법이 없으므로 본 논지

는 이유가 없다.

상고이유 제7점은 다음과 같다.

원판결은 소송법상 무효인 판결이다. 본건의 피상고인 중 이승영은 4세 미만의 유아, 이승태는 13세 미만의 유자, 이선휴는 5세 미만의 강보아(襁褓兒)로서 전혀 소송능력이 없음은 천연적으로 장성하는 법칙에 비추어 명백하다. 그렇다면 원판결은 소송행위의 능력이 없는 자에 대하여 한 재판으로서 도저히 파기를 면할 수 없는 것이다.

살피건대, 본건 피상고인 중 이승영은 4세 미만의 유아, 이승태는 13세 미만의 유자, 이선휴는 5세 미만의 유아로서 모두 소송능력이 없음은 상고인이 당심에 제출한 민적등본에 의하여 명백하다. 그러나 당심에서 그 법률상 대리인이 유자를 위하여 소송대리인이 한 제1심 및 제2심에서의 소송행위의 추인을 하였으므로, 제1심 및 제2심에서 그 소송대리인이 한 소송행위는 추후보완되고, 따라서 상고소론과 같이 소송행위에 관하여 불법이 없게 되므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제452조 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

117 부동산환매계약이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제190호 1916년 10월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 환매는 매매계약의 해제이지만, 환매를 하려면 매도인은 해제의 의사표시 이외에 환매대금 및 계약의 비용을 현실로 제공하여야 한다.

【제 1 심】 평양지방법원 진남포지청

【제 2 심】 평양복심법원

【상고인】 전순영

소송대리인 김형숙

【피상고인】 신승모

위 당사자 간의 부동산환매계약이행 청구사건에 관하여 1916년 6월 21일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원심에서 상고인은 계쟁지의 환매기간인 1916년 1월 4일에 이르러 환매대금반환의 방법으로서 금 330원의 어음을 제공하였다고 주장하고, 피상고인도 어음을 제공받았음은 틀림이 없다고 인정하여 이 사실이 확정되었다. 그리고 환매는 어떠한 것인지를 생각한다면, 환매권이란 매매계약과 함께 하는 계약해제권이라는 것이 통설이다(단, 환매로의 재매매의 예약이라는 설도 있지만 통설은 아니다). 그렇다면 그 해제권을 행사하려면 해제권자의 상대방에 대한 의사표시에 의하여 이를 하여야 하는 것이고, 굳이 상대방의 승낙을 요하는 것이 아니다. 그렇다면 본건에서 다툼이 없는 환매기간인 1916년 1월 4일에 상고인은 해제의 의사를 표시하고 어음을 제공한 바이므로, 매매계약이 완전히 해제된 것으로 해석하여야 한다. 그렇다면 상고인은 대금지급의 의무를 가짐과 동시에 상대방에 대하여 목적물의 인도를 구할 권리를 갖는 것은 실로 명료하다. 그런데 원심은 환매에 관한 법칙을 그르치고 상고인에게 패소의 판결을 선고한 것은 부당하다라는 점이다.

살피건대, 환매는 매매계약의 해제인 점 및 계약의 해제는 상대방에 대한 의사표시로 이를 하여야 함은 소론과 같다. 그러나 이로써 바로 환매는 매도인의 매수인에 대한 의사표시만에 의하여 그 효력이 발생하는 것이라고 말할 수 없다. 환매를 하려면 매도인은 해제의 의사표

시 이외에 환매대금 및 계약의 비용을 현실로 제공할 필요가 있음은, 민법 제579조의 규정에 비추어 명백하다. 왜냐하면 보통 계약해제의 경우에 있어서와 같이 환매의 의사표시만에 의하여 환매의 효력이 발생한다고 하면, 매매의 목적물의 소유권은 의사표시와 동시에 매도인에게 복귀함에도 불구하고, 매도인이 대금 및 비용의 반환을 태만히 하거나 결국에는 그 반환을 하지 아니하는 것과 같은 사실이 발생한 경우에는, 매수인에게 불측의 손해가 발생하게 되므로 이와 같은 결과가 발생하지 아니하게 하려는 것이다. 본건에서 원심이 인정한 사실은 환매대금은 330원, 환매기한은 1916년 1월 4일이고, 같은 날 매도인인 상고인은 위 전액기재의 어음을 제공한 것에 그치고, 현실로 환매대금을 제공하지 아니하였다. 그리고 어음의 제공은 환매대금의 제공과 동일한 효력을 갖지 아니함은 물론, 매도인인 상고인은 환매의 요건인 대금제공의 의무를 다하지 아니하였다고 말하여야 한다. 그렇다면 원심이 본소 상고인의 청구를 각하한 것은 상당하고 법칙을 부당하게 적용한 것이 아니다. 상고 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

118 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제210)호 1916년 10월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 채무자가 동산을 점유하여 이를 이용할 필요가 있을 때에, 채권자와의 사이에 점유를 이전하지 아니하고 그 동산을 채권의 담보로 제공한 계약은 유효하다.

1. 丙과 甲과의 사이에 甲이 乙로부터 채권의 담보로 설정받은 어선, 어구에 관하여 甲이 채권의 완제를 받기까지는, 丙이 자신의 채권

의 변제를 받기 위하여 위 어선, 어구(乙의 점유중이다)에 대하여 권리를 행사하지 아니한다는 계약을 하였음에도 불구하고, 丙이 이에 위반하여 자신의 채권의 변제를 받기 위하여 위 물건에 대하여 경매절차를 신청함으로써 그 경락금을 수령하고 변제를 받았을 때에는, 丙은 甲에 대하여 위약의 책임을 지고 甲이 입은 손해를 배상하여야 한다.

【제 1 심】 평양지방법원 진남포지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 오진후
소송대리인 김형숙
【피상고인】 안극태 외 1인

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 7월 17일 평양복심법원이 선고한 판결 중 상고인 패소의 부분에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유는 다음과 같다.
원심은 피상고인 전정설, 안극태가 소외 최승눌, 오계형 양인에 대하여 금 100원 이상의 채권을 갖고 그 담보로서 설정받은 같은 사람등의 소유인 어선, 어구에 대하여는, 상고인은 최승눌, 오계형에 대한 채권변제를 받기 위하여 권리를 행사하지 아니한다는 계약을 하였음에도, 그 계약에 위반하여 강제경매의 절차를 취한 것은 계약위반 즉 불이행이라고 인정하고, 71원 50전의 배상을 명하였다. 그러나 우리 민법규정에 의하면 채권의 담보로서 설정받은 동산에 대하여 다른 채권자보다 우선되는 권능을 부여한 권리는 질권이라고 해석하여야 하

고, 질권으로서는 담보물인 동산을 점유하여야 한다. 만일 그 점유를 결여할 때에 질권에 대한 법적 요건이 구비되지 아니하므로, 법은 특히 우선적인 강대한 권한을 부여하는 것으로 보호하지 아니한다. 그리고 본건 관계를 되돌아본다면, 피상고인의 그 담보로서 취하였다고 칭하는 어선, 어구에 대하여는 그 점유를 하지 아니하고, 여전히 채무자인 최승눌, 오계형의 점유중에 있으므로, 상고인은 채권자평등의 원칙에 기하여 그 강제경매를 한 것이고, 가령 상고인과의 계약에 위반하였다고 하여도 피상고인은 아무런 권리의 침해도 받지 아니한다. 따라서 상고인은 배상의 책임이 없다. 왜냐하면 피상고인은 그 어선, 어구에 대하여 점유를 결여하므로 법률상 아무런 특수한 권한이 없고, 이 역시 상고인과 동등한 권리 즉 채무자의 총재산은 총채권자의 담보로서 보호되어야 하는 권리 이외에는 달리 없으므로, 상고인의 강제경매에 의하여 권리를 침해되지 아니한다. 그런데 원심은 계약불이행의 점에만 착안하고 실질에 있어서 그 결과가 과연 피상고인의 권리를 침해하는 것인지, 만일 침해한다면 그 권리는 법률상 어떠한 효력을 갖고 있는 지를 고려하지 아니하고, 만연히 계약불이행의 사실만 있다면 권리침해의 사실유무를 묻지 아니하고 당연히 배상의 책임이 있는 것과 같이 오신하여, 상고인에게 배상을 명한 것은 불법이다.

살피건대, 민법에서는 채권담보를 위하여 동산에 설정할 수 있는 물권으로서 단지 질권을 인정하고 있음에 불과하다. 게다가 질권은 채권자가 계속하여 질물을 점유하지 아니하면 그 질권으로 제3자에 대항할 수 없음은 소론과 같다. 그러나 채무자가 동산을 점유하여 이를 이용할 필요가 있을 때에 채권자와의 사이에 점유를 이전하지 아니하고 그 동산을 채권의 담보로 제공하는 계약을 하는 것은, 별도로 법률상 이를 금지한 의미로 인정되는 것이 없음은 물론, 그러한 계약은 원래 물권적 효력이 발생하지 아니하고 단지 그 당사자 간에 일종의 담보계약으로서 그 효력을 갖는데 그친다. 공공의 질서 또는 선량한 풍속에도 반하지 아니한다. 따라서 이를 무효로 하여야 하는 이유가 없다. 그 채권을 담보하기 위하여 일반적으로 소위 동산의 매도저당인 신탁적 매매계약을 체결한 경우에 있어서, 그 당사자 간의 내부관계에 있어서는 담보로 제공한 동산의 소유권은 여전히 채무자에게 속하고, 그

점유도 역시 여전히 채무자에게 존재함에도 불구하고, 일종의 담보계약으로서 그 당사자 간에 유효함을 인정하여야 함과 동일하게 위와 같은 담보계약도 역시 그 당사자 간에 유효하다고 인정하여야 한다. 그리고 본건의 사실을 보건대, 원판결의 인정 사실에 의하면, 피상고인이 소외 최승눌 외 1인으로부터 채권의 담보로서 설정받은 어선, 어구는 최승눌 등이 점유하고 피상고인이 점유하지 아니하는 바이지만, 상고인은 피상고인이 채권의 완제를 받기까지는 상고인이 자신의 채권의 변제를 받기 위하여 위 어선, 어구에 대하여 권리를 행사하지 아니함을 피상고인 간에 계약하였음에도 불구하고, 당해 계약에 위반하여 자신의 채권의 변제를 받기 위하여 위 물건에 대하여 경매절차를 신청함으로써 경락금 71원 50전을 수령하고 변제를 받은 사실로, 피상고인은 담보로 설정받은 어선, 어구에 관하여 질권과 같은 제3자에 대항할 수 있는 물권을 갖지 아니하여도, 최승눌 등과의 사이에는 만일 최승눌 등이 변제기에 이르러 변제하지 아니할 때에는 피상고인은 그 담보물건에 의하여 변제를 받을 이익을 가지므로, 상고인이 그 계약이 존재함을 인정하고 피상고인이 채권의 완제를 받기까지는 그 담보물건에 대하여 자신의 채권의 변제를 받기 위하여 권리를 행사하지 아니함을 계약한 이상은, 그 계약은 성실히 이를 준수하고 피상고인이 위 담보물건에 의하여 변제를 받을 이익을 침해하여서는 아니 되는 의무가 있다. 따라서 그 계약에 위반하여 자신의 채권의 변제를 받기 위하여 경매절차를 신청함으로써 경락금을 수령하여 변제를 받은 경우에는, 위약의 책임을 지고 피상고인이 받은 손해를 배상하여야 함은 당연한 사리이다. 그렇다면 원판결이 상고인의 위약의 사실을 인정함과 동시에 피상고인이 손해를 받은 사실을 인정하고, 상고인에 대하여 그 배상을 할 것을 명한 것은 상당하며 아무런 위법도 없다. 따라서 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

119 분묘권확인청구에 관한 건
〔대정5년민상제207호 1916년 11월 7일 판결〕

【판결요지】

1. 분묘는 유해 또는 유골을 안치하기 위하여 지상에 설치한 하나의 설비이고 반드시 토지에 정착하여야 하지만, 그 기지인 토지와 분묘의 설비는 반드시 항상 동일한 소유자에 속하여야 하는 것이 아니며, 타인의 소유지상에 분묘를 설치하고 이를 소유할 수 있음은 종종 보는 사례이므로, 분묘설비의 소유권과 그 기지인 토지의 소유권과는 이를 별개로 관찰할 수 있다. 따라서 그 기지가 분묘소재 산판의 일부인 경우에는, 청송기한(聽訟期限)에 관하여는 기지는 오히려 산판과 그 운명을 같이 하고, 분묘의 설비 자체는 반드시 이를 산판과 동일하게 논할 수 없다(상고이유 제1점).

1. 구 형법대전 제16조의 소위 청송하는 기한은 민사사송(詞訟)은 20년 이내임을 정한다는 규정은, 민사의 소송은 소송을 제기할 수 있는 때로부터 기산하여 20년을 경과한 때에는 같은 법 시행의 전후를 묻지 아니하고 모두 청송에 해당되지 아니한다는 취지이므로, 가령 같은 법 시행 이전에 시행된 대전회통에 청송기한의 규정이 없는 분묘설비에 관한 소송과 같은 것이라 하여도, 그 시행 후에 있어서는 그 적용을 받는다(상동).

[참 조] 청송하는 기한은 민사사송이 20년 이내인 것으로 정한다(구 형법대전16조). (삭제)

1. 위 청송기한의 규정은 실체상의 권리의 득실에 관한 규정이 아니고, 소권의 소장(消長)에 관한 소송법상의 규정이라고 보아야 하므로, 그 적용에 관하여 아무런 경과법의 규정이 없고 또한 소송의 종류를 한정하지 아니한 이상은, 종전의 법률에 의하여 이미 청송기한을 경과한 것에 적용이 없음은 물론, 종전의 법률에 청송기한의 규정이 없다고 하여도 구 형법대전 시행 전 이미 20년이 경과한 때에는, 같은 법 시행 후에는 제소가 허용되지 아니한다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 공주지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김제헌
소송대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모토)
【피상고인】 강익선

위 당사자 간의 분묘권확인 청구사건에 관하여 1916년 8월 2일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
우리 조선에서는, 분묘는 종교상 자손이 그 조상의 영(靈)에 대하여 예배를 올리는 장소임과 동시에, 예배의 목적물로서 법률상 제사권을 갖는 자에게 전속함으로써, 본묘소재의 산판의 소유 또는 강점과 관계가 없다. 따라서 산판의 강점은 분묘 그 자체에 대한 제사 및 예배를 할 권리의 침탈을 동반하는 것이 아니다. 그러므로 수백년 전 분묘소재의 산판이 강점되고 오늘에 이르기까지 권리회복의 소송을 제기하지 아니한 때에는, 형법대전의 규정에 의하여 산판회복의 소권은 소멸한다 하여도, 분묘에 대한 예배 및 제사를 시행할 권리는 여전히 존속하는 것이다. 현재 그 예배 및 제사를 방해받을 때에는 바로 출소할 수 있고, 따라서 그 출소기한은 산판강점의 때로부터 기산하여야 하는 것이 아니다. 그리고 상고인은 본건 분묘에 대하여 피상고인의 방해가 있음에도 불구하고 종전부터 제사 및 예배를 한 자로서, 마지막으로 작년 12월 중 본건 분묘에 잔디를 깔고 수리를 하려고 한 때에 피상고인은 계속 이를 방해하므로, 상고인은 위 분묘에 대한 예배 및 제사의

권리에 기하여 본건 분묘권확인청구를 하기에 이른 것이다. 그리고 본건 청구의 원인을 진술함에 있어서 분묘소재의 산판이 강점된 유래를 상술하였지만, 이것은 본건 청구의 원인이 아니다. 요컨대, 본건 청구의 원인에는 피상고인이 상고인의 본건 분묘권을 부인하고 분묘에 대한 예배 및 제사를 방해함으로써, 당해 분묘권의 확인을 구한 것이다. 그런데 원심은 상고인이 지금으로부터 200년 전 본건 분묘권을 피상고인 때문에 침탈당하고 그 후 그 회복을 얻지 못하였다고 하고, 본건은 피상고인이 산판강점시로부터 기산하여 20년이 경과되었으므로 출소의 권리가 없다고 한 것은, 산판의 강점에 의하여 분묘권 즉 분묘에 대한 예배 및 제사의 권리를 침탈된 것이라고 한 것으로 위법하다.

살피건대, 원고인 상고인은 제1심에서 본건 3기의 분묘에 관하여 상고인에게 분묘권이 있다는 확인을 구하고, 또한 분묘권은 물권이라고 주장하였으며, 원심에서는 본소 청구는 분묘의 소유권확인을 구하는 것이라는 취지 및 분묘는 분묘를 구성하는 토지 및 그 밖의 설비로 성립되고, 또한 분묘의 지역은 신분의 여하에 관계없이 일정한 것이라고 하여, 본소 청구는 그 분묘가 존재하는 토지의 소유권을 포함한다는 취지를 석명하였음은, 제1심 1916년 3월 16일의 구술변론조서 및 원심 1916년 7월 19일의 구술변론조서에 비추어 명료하다. 그리고 분묘권이라는 문구는 법률상 일정한 의의를 갖는 것이 아니므로, 상고인이 원심에서 상기와 같이 이를 석명한 것으로 본다면, 상고인은 본건 3기의 분묘의 설비 및 같은 설비가 존재하는 토지 즉 일정지역의 분묘기지는 상고인의 소유에 속하는 것이라고 하고, 이를 본소 청구의 원인으로 하였음은 조금도 의문이 없는 바이며, 분묘에 대하여 소유권 이외에 예배 및 제사에 관한 특종의 사권이 있음을 주장하고 그 권리의 확인을 구한 것이 아니다. 따라서 본 논지 중 본소는 분묘에 대한 예배 및 제사의 권리에 기하여 그 확인을 구한 것이라고 하고 원판결을 비난하는 논지는 이유가 없다. 그리고 <u>분묘는 유해 또는 유골을 안치하기 위하여 지상에 설치된 하나의 설비이고 반드시 토지에 정착하여야 하지만, 그 토지와 분묘의 설비는 관념상 반드시 항상 동일한 소유자에게 속하여야 하는 것이 아니므로, 타인의 소유지상에 분묘를 설치하고 이를 소유할 수 있음은 종종 볼 수 있는 사례이다. 따라서 분묘설</u>

비의 소유권과 그 기지인 토지의 소유권과는 이를 별개로 관찰할 수 있다. 그러므로 그 기지가 분묘소재 산판의 일부인 경우에는, 청송기한에 관하여는 기지는 오히려 산판과 그 운명을 같이하고, 분묘의 설비 자체는 반드시 이를 산판과 동일하게 논할 수 없다. 따라서 본건에 관하여 본다면, 원심은 상고인의 원심에서의 주장 및 제1심 검증조서 중에 있어서의 상고인 대리인의 진술에 의하여, 상고인은 지금부터 약 200년 전 피상고인의 조상 때문에 본건 분묘를 그 소재 산판과 함께 침탈당한 채로 그 회복을 할 수 없는 사실을 인정한 것이고, 구한국 광무 9년(1905년) 4월 29일 법률 제3호 형법대전 시행 이전에 효력을 갖는 대전회통 호전전택조(戶典田宅條)에는 보통 전택증(田宅證) 5년이 지나면 제소를 받아들이지 아니한다는 규정이 있으며, 같은 규정은 전답가사(田畓家舍)만이 아니라 산판에 관하여도 원래 그 적용이 있다. 따라서 본건 분묘가 존재하는 일대의 산판에 관하여는, 상고인은 그 침탈 강점시로부터 5년 이내에 소를 제기하고 그 회복을 하지 아니하였으므로, 같은 대전회통의 청송기한이 경과한 것이라고 인정할 수 밖에 없다. 또한 상기 인정의 사실에 의하면 본건 분묘가 존재하는 기지는, 그 산판의 일부를 이루는 것임이 명백하므로, 따라서 같은 기지에 관하여도 동시에 위 대전회통의 청송기한이 경과하고, 이후 그 권리를 주장하여 민사상의 구제를 구할 수 없기에 이른 것이라고 인정하여야 한다. 그러므로 본소 청구 중 상고인이 토지의 소유권확인을 구하는 점은 이를 허용하지 아니한다. 그리고 원심이 전술과 같이 본소는 토지소유권의 확인도 구하는 것이라는 취지의 상고인의 석명이 있음에도 불구하고, 상기의 사실을 인정하고 형법대전 소정의 출소기한이 경과한 것이라고 하고 본소 상고인의 청구를 배척한 것은 타당하지 아니하다고 하여도, 상고인의 청구는 이를 인용할 수 없음은 앞의 설명과 같은 이상은, 원판결은 다른 이유에 의하여 결국 정당하게 되고 상기의 하자는 파기의 이유가 되기에 부족하다. 다음으로 분묘의 설비 자체는 이를 산판과 동일시할 수 없으므로, 상기 대전회통 전택조의 청송기한에 관한 규정을 적용할 수 없다. 뿐만 아니라 대전회통 중 이에 관하여 청송기한을 정한 규정이 존재하지 아니하므로 같은 대전회통의 효력이 있었던 시대에 있어서는, 분묘의 설비에 관하여는

기한 없이 제소할 수 있는 것이라고 할 수밖에 없다. 그러나 그 후 시행된 상기 형법대전에는 그 제16조에 청송하는 기한은 민사사송은 20년 이내인 것이라고 정한다고 규정하고, 당해 규정은 민사의 소송은 소를 제기할 수 있는 때로부터 기산하여 20년이 경과한 때에는 같은 법 시행의 전후를 묻지 아니하고 모두 청송에 해당되지 아니한다는 취지이고, 그 민사의 소송에 관하여 아무런 한정하는 바가 없으므로, 가령 종전의 법률의 규정에 청송기한의 규정이 없다고 하여도 그 시행 후에 있어서는 그 적용을 받는 것은 물론이다. 따라서 상기 분묘의 설비에 대한 권리에 기한 소송과 같은 것도 형법대전 시행 후에 있어서는 그 적용을 받는 것이고, 상기 원판결의 인정 사실에 의하면 상고인은 지금부터 약 200년 전 본건 분묘산판만이 아니라 그 분묘의 설비 그 자체를 피상고인의 조상 때문에 침탈 강점당하고, 그 회복을 할 수 없는 것임이 명백하므로, 형법대전이 시행된 구한국 광무 9년(1905년) 4월 29일 당시에 있어서는, 이미 분묘의 설비에 관하여 소를 제기할 수 있는 시기 즉 그 침탈시로부터 기산하여 20년이 경과하고, 같은 법 소정의 청송기한이 경과되었음은 조금도 의심할 수 없으므로, 상고인은 이후 같은 분묘에 대한 권리를 주장하고 민사상의 구제를 받을 수 없게 되었으며, 이 점에 관한 상고인의 청구도 역시 인용할 수 없다. 따라서 원심이 같은 취지의 이유에 의하여 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건 상고인이 피상고인의 확인을 구한 분묘소유권이라 칭하는 권리는 관습법상 존재하는지, 또한 그 성질은 물권에 속하는지, 또한 그 구성의 요소는 유해를 안치하는 장소의 토지소유권 또는 사용권을 포함하는지, 매우 명료하지 아니하다. 그러나 분묘가 종교적 예배의 하나의 목적물로서 존재하는 이상은, 유해매장에 관한 설비와 유해안치의 장소를 합하여 이를 분묘로 칭한다는 것은 일반적인 상식과 조리에 비추어 명백하다. 분묘도 역시 하나의 권리로서 법률의 보호를 받는다는 것도 역시 명백한 관습이다. 그렇다면 분묘는 그 소재 산판 일대의 지역과 분리하여 별개의 존재를 인정하여야 한다. 따라서 분묘가 이와 일체를 이루는 부분의 토지소유권 또는 사용권을 포함하는지의

여부를 묻지 아니하고, 분묘 그 자체에 대한 예배, 수선 등을 방해하고, 또한 그 분묘소유권을 부인하는 경우에는 그 확인을 구할 수 있음은, 법리상 당연한 것이라고 믿는다. 그리고 피상고인은 1915년 12월 23일 상고인이 본건 분묘의 수리, 제전(祭典)을 하려고 하였는데 이에 방해를 받아 본소를 제기한 것이다. 그 사실은 소장 및 제1심판결의 기재에 의하여 명백한 바일 뿐만 아니라, 상고인은 1916년 7월 26일의 원심구술변론에서 피상고인(항소인)은 작년 상고인(피항소인)이 제사를 하려는데 방해를 하였다는 취지를 진술하고 본소 청구의 원인인 사실을 석명하였으며, 또한 그 사실을 입증하기 위하여 3인의 증인환문을 신청한 것이다. 그런데 원심은 피상고인이 본건 분묘소재의 산판을 강점한 때로부터 기산하여 본건은 청송기한이 경과한 것이라고 한 것은, 상고인의 주장에 맞지 아니한 판결이고, 나아가 청송기한의 기산점을 그르친 불법이 있다.

살피건대, 분묘는 유해 또는 유골을 안치하기 위하여 지상에 설치된 하나의 설비이고 토지에 정착하는 것이지만, 그 설비는 소재의 산판을 떠나 소유권의 목적이 될 수 있음은 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같다. 만일 타인이 그 분묘의 예배, 제사, 수선 등을 하는 것을 방해하거나 그 소유권을 부인하기 때문에 즉시 그 권리관계를 확정할 이익이 있는 경우에는, 원래 그 소유권의 확인을 구할 수 있음은 소론과 같다. 그러나 그 분묘에 관하여 그 이전에 이미 청송기한이 경과하였기 때문에 그 권리를 주장하여 민사상의 구제를 구할 수 없게 된 때에는, 그 이후 이와 같은 확인의 청구는 이를 허용하지 아니한다. 그리고 상고인의 본소 청구는 분묘(분묘의 설비 및 그 기지)의 소유권을 원인으로 하여 그 확인을 구하는 것이고, 소유권 이외에 따로 분묘에 대하여 예배 및 제사에 관한 특권인 사권이 있음을 원인으로 하는 것이 아닌 점, 및 원심은 상고인이 약 200년 전 피상고인의 조상 때문에 본건 분묘가 존재하는 산판은 물론, 분묘의 설비 그 자체를 침탈당하고, 그 이후 이를 회복할 수 없게 된 사실을 인정한 것이다. 그 분묘의 기지에 대하여는 대전회통 전택조의 청송기한에 관한 규정을, 같은 분묘의 설비에 대하여는 광무 9년(1905년) 4월 29일 시행된 형법대전 제16조의 청송기한에 관한 규정을 각각 적용하여야 한다. 뿐만 아니라 그 기

한은 소를 제기할 수 있는 시기 즉 본건 산판 및 분묘설비 침탈의 때로부터 이를 기산하여야 하는 점, 및 분묘의 기지에 관하여는 형법대전 시행 이전에 효력을 가진 대전회통 전택조의 청송기한을 같은 분묘의 설비에 관하여는 형법대전 시행 당시에 같은 법의 청송기한이 경과한 것임은, 이 역시 상고이유 제1점에서 설명한 바와 같다. 따라서 상고인은 이후 그 권리를 주장하여 민사상의 구제를 구할 수 없게 되므로, 가령 논지 소론과 같이 피상고인이 1915년 중 상고인이 본건 분묘의 예배, 제사를 하거나 그 수리를 하는 것을 방해한 사실이 있어도, 상고인은 분묘의 소유권에 기하여 그 확인을 소구할 수 없다. 따라서 원심이 본소 청구는 출소기한이 경과한 것이라고 하여 이를 배척한 것은 상당하다. 원판결에는 소론과 같은 위법한 점이 없고 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

불법행위에 의하여 타인으로부터 부동산물권의 침탈을 받은 때의 회복소송에 관하여는, 대전회통의 시행 당시에는 기한이 없고 광무 9년(1905년) 4월 29일 형법대전의 반포 시행에 의하여 비로소 청송기한이 20년으로 된 것이다. 그렇다면 그 20년은 같은 법 시행일로부터 기산하여야 한다고 믿는다. 이것은 불소급원칙은 법령의 효력에 관한 대원칙일 뿐만 아니라, 형법대전 중 기한 통규(通規)에 관한 규정이 기왕에 소급할 때에는 같은 시행과 동시에 즉시 소권이 상실되는 것이 적지 아니하게 된다는 불합리가 발생하므로, 형법대전 발포 전 기한이 없는 소권에 관하여는 형법대전 시행일로부터 이후 20년이 경과하지 아니하면, 소권이 상실되지 아니한다고 말하여야 한다. 그런데 원심이 본건은 형법대전 시행시 이미 20년의 기한이 경과하였다는 이유로 상고인의 청구를 각하한 것은, 추가상고이유 제1점의 설명과 같은 불법이 있다. 뿐만 아니라 형법대전 기한통규를 불법하게 적용한 불법이 있다.

살피건대, 대전회통 호전택조 5년의 청송기한에 관한 규정은, 도매자서송미결자부모답합집자인병경영집자(盜賣者書訟未決者父母畓合執者因竝耕永執者) 등 예외의 규정이 있는 것에 대하여는 그 규정이 없다. 그러나 그 이외의 경우에 있어서는 전답가사 및 산판의 소송에 관

하여 일반적으로 그 적용이 있으므로, 산판을 침탈, 강점된 것과 같은 경우에 그 적용이 있음은 두말할 필요가 없다. 단, 분묘의 설비에 관하여는 이를 산판과 동일시할 수 없기 때문에 그 적용이 없고, 또한 같은 대전회통 중 분묘의 설비에 관하여 청송기한의 규정이 없으므로 그 효력이 없는 시대에 있어서는 소론과 같이 기한 없이 출소를 허용한 것이라고 해석하여야 한다. 그러나 광무 9년(1905년) 4월 29일 시행된 형법대전 제16조에는 청송할 기한은 민사사송 20년 이내인 것으로 정한다고 규정한다. 그리고 같은 규정은 실체상의 권리의 득실에 관한 규정이 아니고, 오히려 소권의 소장(消長)에 관한 소송법상의 규정으로 보아야 한다. 따라서 그 적용에 관하여 아무런 경과규정이 없고 또한 소송의 종류를 한정하지 아니한 이상은, 종전의 법률에 의하여 이미 청송기한이 경과한 것에 적용이 없음은 물론이지만, 그 이외의 소송에 관하여는 모두 소를 제기할 수 있는 때로부터 기산하여 20년이 경과한 것은, 같은 법률 시행의 전후를 묻지 아니하고 청송의 대상이 아니라는 취지로 해석하여야 한다. 따라서 상기 분묘의 설비에 관한 소송과 같은 종전의 법률에 의하여 기한 없이 출소가 허용되었다고 하여도, 형법대전 시행 이후에는 그 적용을 받는 것이고, 만일 그 소를 제기할 수 있는 때로부터 20년이 경과한 때에는, 그 기한의 경과가 같은 법률 시행 이전이라고 하여도 출소가 허용되지 아니한다. 그렇다면 원심이 본건 분묘에 대한 침탈은 지금부터 약 200년 이전에 행하여진 사실을 인정하고, 형법대전의 청송기한이 경과한 것이라고 하여 본소 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하며 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

120 토지소유권확인청구에 관한 건
〔대정5년민상제154호 1916년 11월 14일 판결〕

【판결요지】

1. 당사자 등 일문의 공유에 속한다는 확인을 구하는 소송에 있어서의 권리관계는 공동소송인 전원에 대하여 합일로만 확정하여야 하므로, 그 공동소송인 중에 사망자가 있어 소송절차가 중단된 때에는, 다른 공동소송인 전원에 대하여 소송절차중단의 효과가 발생한다. 따라서 사망자를 제외한 다른 공동소송인이 소송을 진행하여도 그 행위는 무효가 된다.

【제 1 심】 평양지방법원 신의주지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 김기정 외 36인
소송대리인 강세형
복대리인 김기현
【피상고인】 김석기
소송대리인 홍재정
복대리인 유문환

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건에 관하여 1916년 4월 24일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 및 원심에서의 소송절차를 파기한다.
상고인의 본건 항소는 이를 기각한다.
소송비용은 항소심 및 상고심 모두 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

직권으로 조사하건대, 본건은 원고인 상고인 등으로부터 피고인 피상고인에 대하여 계쟁지는 상고인 등 문중의 조상 김영홍이 문계전(門契錢) 7원으로 다른 곳에서 매수한 토지의 일부분이다. 상고인 및 피상고인 등 조상의 향화토(香火土)로서 일문의 공유에 속하는 것이므로, 상고인 및 피상고인 등 문중의 공유임을 확인하라고 청구한 것임은 일건 기록상 명백하다. 그리고 그와 같은 소송에서의 권리관계는, 그 원고인 그 같은 소송인 전원에 대하여 합일로만 확정하여야 한다. 따라서 그 공동소송인 중에 사망자가 있고 소송절차가 중단할 때에는, 다른 공동소송인 전원에 대하여도 소송절차중단의 효과가 발생하므로, 사망자를 제외한 나머지 공동소송인이 소송을 진행하여도 그 행위는 무효이다. 다시 본건 기록을 보건대, 제1심에서 원고인의 1인인 김응량은 다른 원고 등과 함께 소송대리인에게 위임하여 공동의 소송행위를 하고 청구기각판결을 받은 것에 대하여, 다른 원고 즉 상고인 등은 항소를 제기하고 그 항소장 중에 김응량은 사망하였다는 취지를 기재하였지만, 승계인이 소송절차를 수계한 흔적이 인정되지 아니하므로, 위 공동소송인인 상고인 등 전원에 대하여도 소송절차중단의 효과가 발생한다. 따라서 상고인 등이 항소를 제기한 것은 즉 중단 중의 소송행위로서 민사소송법 제186조 제2항에 의하여 무효가 된다. 그렇다면 원심은 직권으로 이를 조사하고 그 항소를 기각하여야 함에도 그러하지 아니하고 그 항소를 수리하여 본안에 들어가 심리판결을 한 것은, 위법임을 면할 수 없다. 그리고 원판결이 위 중단 중의 항소에 기하여 이루어진 위법한 판결에 속하는 사실은 당심에서 직권상 조사할 수 있는 것이고, 이 점에서 원판결을 파기하여야 함을 인정함으로써 상고이유의 당부에 관하여는 판단을 할 필요가 없다. 민사소송법 제447조에 따라 원판결 및 원심의 소송절차를 파기하고, 다시 같은 법 제451조 제1항 제1호에 의하여 상고인 등의 본건 항소를 기각하고, 나아가 소송비용에 관하여는 항소심 및 상고심의 분 모두 상고인 등이 소송절차중단 중에 항소를 제기함으로써 발생한 것이므로, 이를 상고인 등에게 부담시키는 것이 상당하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

121 장부검사정산금 및 계약해제예정손해청구에 관한 건 〔대정5년민상제163호 1916년 11월 14일 판결〕

【판결요지】

1. 계약의 해제원인으로서 제1 및 제2의 사실을 주장하고 다툼이 된 경우에 있어서, 그 제1의 사실이 없음을 인정함에도 그 제2의 사실의 유무에 관하여 아무런 판단을 하지 아니하고 바로 계약해제권이 없다고 판단한 판결은, 이유불비의 불법이 있다.

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 박노승 외 4인
소송대리인 십진(辻進, 쯔지)
같은 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
【피상고인】 편동화삼(片桐和三, 가다기리)
소송대리인 관원생(管元生, 간)
복대리인 무지홍방(武智弘方, 다케찌)

위 당사자 간의 장부검사정산금 및 계약해제예정손해금 청구사건에 관하여 1916년 5월 25일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인 등으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
원판결을 파기한다.
본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】
상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 이유 제3에서 “이상 제1, 제2에서 설시한 것과 같이 피항소인에게 계약위반의 이유가 없다. …”라고 설시하였다. 그러나 상고인이 주장한 계약해제의 원인인 사실은, 제1, 피상고인은 1913년 말까지의 이익을 정당하게 분배하지 아니한 것, 제2, 금지구역을 침범한 것, 제3, 주용동고구(主龍東古口)로부터 채굴한 1914년 및 1915년의 석재대금의 분배를 하지 아니한 것의 3가지 이유에 기한 것이다(원판결 적시사실 참조). 상고인은 제3의 사실에 대하여 갑 제5호증의 1 내지 4를 제출하고 계약해제의 사실을 입증하였다. 그런데 원심에서는 제1, 제2의 사실에 대하여 판단을 하였지만, 제3의 사실에 대하여 아무런 판단을 하지 아니한 것은 중요한 쟁점을 유탈한 불법이 있다.

살피건대, 상고인 등의 원심에서의 사실상의 주장은 원판결의 사실적시에 의하면, “항소인 등은 1911년 2월 10일 그 공유하는 전라북도 익산군 황등산의 석재채굴영업을 피항소인과 공동하여 영업하고 채굴에 관한 일체의 권리를 피항소인에게 위임하여, 매년도 말에 항소인 등은 피항소인의 제장부를 검사하고 정산을 하며 이익은 항소인 등이 6할 5푼, 피항소인이 2할, 소외 최경오가 1할 5푼을 받는다는 계약이 성립하였다. 그런데 피항소인은 항소인 등에게 석재채굴에 관하여 허위계산을 하고 항소인 등을 기만하여 근소한 이익의 배당을 하였으며, 1913년 말에 이르기까지 항소인 등에게 배당하여야 하는 이익금 1,036원 20전 4리를 횡령하여 배당하지 아니하였다. 또한 항소인 등은 피항소인과 공동하여 석재채굴을 할 것을 계약할 때, 피항소인이 산세징수 즉 석재매각에 관하여 진실하지 아니하고 항소인 등에게 불이익을 준 때에는, 석재채굴계약을 해제한다는 취지를 계약하였다. 나아가 1912년 1월 6일 추가계약으로 석재채굴의 장소를 7군데로 지정하고, 그 중 주용동고구(主龍東古口)에서는 절대로 석재의 채굴을 금지하며, 만일 피항소인이 같은 곳으로부터 석재를 채굴한 때에는 항소인 등은 피항소인에 대하여 석재채굴계약을 해제하고, 또한 위약금 10,000원을 지급한다는 계약이 성립하였다. 그런데 피항소인은 산세징수에 관하여 진실을 결하고, 또한 석재채굴금지구역인 주용동고구로부터 석재를 채굴함으로써, 석재채굴계약의 해제를 통지하고 석재를 채굴하여서는 아니 된다는 취지를 최고하고, 이익금 1,036원 20전 4리 중 금 1,000원

및 위약금 10,000원의 지급을 청구한 것이다. (중략) 본건에서의 채굴하여서는 아니 된다는 청구는 계약해제에 원인이 있는 것이고, 계약해제는 먼저 피항소인이 계약금지구역을 침범한 것을 원인으로 하며, 그 계약해제의 의사표시는 가처분신청과 동시에 상대방에게 통지하였다. 두 번째로 갑 제1호증의 1에서의 산세징수에 관하여 진실하지 아니한 때는 계약을 해제할 수 있다는 약정에 기하여 1915년 9월 27일 갑 제5호증의 4로서 계약해제의 통지를 하였다. 따라서 제1의 해제가 효력이 없다고 하여도 제2의 해제원인에 의하여 계약은 유효하게 해제되었다는 취지이다. …"이라고 한다. 따라서 상고인 등이 원심에서 계약해제의 원인으로서 주장한 바는, 제1, 피상고인이 계약상의 금지구역을 침범하여 석재의 채굴을 한 것, 제2, 피상고인이 계약상의 산세징수에 관하여 부실한 행위를 한 것이라는 2가지라고 하여야 한다. 그리고 위 부실행위가 있다고 하는 일시에 관하여는, 후술하는 바와 같이 원심은 1913년 말까지 그 행위가 있음을 주장한 것이라고 해석한 것 같아도, 상고인 등이 원심에서 특히 이를 1913년까지로 한정하여 주장한 취지로 볼 수 있는 것이 없다. 뿐만 아니라 상기 주장사실 이외에 더 나아가 원심 구술변론조서에 기재된 상고인 등의 신청 및 입증취지는 널리 계약체결 후 그 해제통지를 하기까지의 기간 내에 그 행위가 있었음을 주장한 것이라고 말하여야 한다. 따라서 위 제2의 해제원인이 있는지의 여부를 판단함에 있어서는, 이를 피상고인의 원심에서의 답변사실에 비추어 (1) 상고인 등이 청구하는 이익금 1,000원이 된다는 계산기간인 계약체결 후 1913년 말까지의 사이에 소위 계약상의 산세징수에 관하여 피상고인에게 부실한 행위가 있었는지의 여부, 및 소위 계약상의 산세란 (가) 피상고인이 채굴한 석재를 달리 매각한 그 대금액의 비율에 응하여 산출하여야 하는 것인지, 만일 그렇다면 그 대금액 등에 관하여 부실한 행위가 없었는지, 및 그 대금액의 6할 5푼을 그 정산시기에 지체 없이 상고인 등에게 지급하였는지, 또는 (나) 피상고인이 채굴한 석재의 수량에 갑 제1호증의 1에 기재된 계약상의 각 예정단가를 곱함으로써 얻어진 그 합산액에 응하여 산출하여야 하는 것인지, 만일 그렇다면 그 합산액의 6할 5푼을 그 정산시기에 지체 없이 상고인 등에게 지급하였는지, (2) 1914년 초부터 계약해제통지가

있기까지의 사이에 소위 계약상의 산세징수에 관하여 피상고인에게 부실한 행위가 있었는지의 여부, 소위 계약상의 산세란 상기 (가)와 같은 관계인 것인지 및 그 6할 5푼을 그 정산시기에 지체 없이 상고인 등에게 지급하였는지의 여부, 또는 상기 (나)와 같은 관계의 것인지 및 그 6할 5푼을 그 정산시기에 지체 없이 상고인 등에게 지급하였는지의 여부의 제점에 관하여 판단을 하여야 한다. 그리고 원심은 위 제1의 해제원인이 없음을 그 판결 이유 제2에서 판단하고, 위 제2의 해제원인 중 (1)의 부분에 관하여 그 원인이 없는 점 및 계약상의 산세란 (가)와 같은 관계의 것이 아니고 (나)와 같은 관계의 것인 점, 및 그 지급이 끝났음을 그 판결이유 제1에서 판단하였다. 그러나 위 제2의 해제원인이 (2)의 부분에 관하여는 실제로 원심구술변론조서가 "항소대리인은 갑 제5호증의 1 내지 4를 제출하고, 갑 제5호증의 1로서 피항소인에게 정산을 신청한 사실을 입증한다. 갑 제5호증의 2로서 정산을 구한 피항소인은 매수인으로부터 아직 그 대금을 수취하지 아니하였음을 입증한다. 갑 제5호증의 3으로서 피항소인으로부터 매수한 자는 피항소인에게 대금을 지급하였음을 입증한다. 갑 제5호증의 4로써 정산을 구하였지만 피항소인이 이행하지 아니함으로써 계약해제를 하였음을 입증한다고 신청하였다. 피항소대리인은 갑 제5호증의 1은 성립을 인정하고 입증취지를 부인한다. 피항소인은 성양사에게 매각한 것 같은 일은 없다. 갑 제5호증의 2는 성립을 인정하고 입증취지를 부인한다. 그리고 1914년 7월 이래의 계산은 1915년 10월 30일에 한다고 말하였는데, 10월 30일에 항소대리인인 십진(辻進, 쯔지)이 와서 계산한 다음 370원을 제공하였지만, 이익의 분배와 동시가 아니면 받을 수 없다고 수취를 거부하였다. 갑 제5호증의 3은 부지이다. … 갑 제5호증의 4는 성립을 인정하고 입증취지를 부인한다고 신청하였다. 항소대리인은 피항소대리인의 주장을 부인한다. 피항소인으로부터 370원의 제공을 받은 것과 같은 사실이 없다고 신청하였다"라는 기재가 있다. 이를 갑 제5호증의 1 내지 4의 각 문언 및 그 일부에 비추어보면, 상고인 등은 같은 호증으로 1914년 초부터 계약해제통지를 하기까지의 사이에, 피상고인이 갑 제1호증의 1의 소위 산세징수에 관하여 부실한 행위를 한 사실을 입증함으로써 적법한 계약해제원인이 존재함을 주

장하고, 피상고인은 이를 다툰 것이 명백하다. 따라서 원심은 마땅히 그 점에 관하여도 판단을 하여야 하는 이치가 되므로, 원심이 과연 그 점에 관하여 판단을 한 것이라고 말할 수 있는지의 여부를 살펴본다면 다음과 같다. (a) 원심판결 이유 제1에서 갑 제1호증의 1인 본건 채굴계약은 상고인 등에게 속하는 석재채굴권의 행사를 전적으로 피상고인 및 소외 최경오에게 일임하고, 피상고인은 단지 계약상의 산세를 상고인 등에게 지급할 의무를 부담한 것에 그치며, 상고인 등과 공동하여 위 채굴권을 행사한다는 취지가 아닌 점, 피상고인이 그 채굴한 석재를 달리 판매하여 얻은 가액이 상고인 등과의 계약상의 가액을 초과한다고 하지만, 피상고인은 단지 계약상의 산세를 상고인 등에게 지급하면 충분하고 그 초과분에 대하여는 산세를 과한다는 취지가 아님 점, 및 계약상의 산세란 상기 (나)와 같은 계산에 의한 1913년 말까지의 계약상의 산세는 상고인 등이 이미 수취를 끝낸 것임은 상고인 등이 자인하는 바이다. 그러므로 채굴계약체결 후 1913년 말까지의 사이에 상고인 등의 계산에 의한 금 1,000원의 급부청구는 이익의 배당청구로서 타당하지 아니함은 물론, 위 초과분에 대한 산세의 청구로서도 타당하지 아니하다고 설시하여, 그 청구를 배척하고 나아가 그 이유에 의하여 피상고인에게 계약위반의 이유가 없고, 따라서 상고인 등에게 계약해제권이 발생하지 아니함을 판시하였다. 이 판시에 따르면, 원심은 가령 1914년 초부터 계약해제통지가 있기까지의 사이에 피상고인이 채굴한 석재에 대한 산세에 관하여도, 피상고인이 그 정산시기에 있어서 상기 (나)와 같은 계산에 의한 산세를 상고인 등에게 지급하는 경우에는, 피상고인이 그 채굴할 수 있었던 석재를 달리 매각한 그 대금의 가액 여하, 또는 그 대금의 수취 완료인지의 여부 등은 상고인 등의 이해에 영향이 없다. 따라서 이러한 점에 관하여 피상고인에게 부실한 행위가 있음을 갑 제5호증에 의하여 입증할 수 있다고 하여도, 피상고인에게 산세징수에 관한 부실행위가 있다고 말할 수 없게 된다는 취지에 기한 것이다. 그러나 만일 과연 원심이 그 취지에 의하여 1914년 초부터 계약해제통지일까지의 사이에 피상고인에게 산세징수에 관한 부실행위가 없고, 따라서 상고인 등에게는 적법한 해제원인이 발생하지 아니한다고 하는 것이라면, 원심은 적어도 한마디로 그

취지를 설시하여야 한다.

그런데 원심은 그 설시를 하지 아니함으로써 그 점에 관하여는 아직 판단을 하지 아니한 것이 된다. (b) 원심구술변론조서 중 상기의 기재에 의하면, 원심에서 피항소대리인은 1914년 7월 이래의 계산은 1915년 10월 30일을 기하여 이를 할 수 있다고 말하였는데, 같은 날 항소대리인 십진(辻進, 쯔지)이 옴으로써 계산 후 370원을 같은 사람에게 제공하였지만, 같은 사람이 이익의 분배와 동시가 아니면 수취하지 아니한다고 하여 수취를 거절하였음을 주장하고, 항소대리인은 이를 부인하고 피항소인으로부터 370원의 제공을 받은 일이 없다고 항쟁한 것이라면, 원심은 마땅히 그 내용을 판단하고 피항소인이 그 변제제공을 하였음을 확정한 후가 아니면 바로 항소인에게 해제권이 없다고 말할 수 없는 이치가 된다. 그런데 원심은 상기 (a), (b)의 점에 관하여는 그 판결 이유 제1 및 제2에서 아무런 판단을 하지 아니함에도 바로 그 결론으로서, "이상 제1, 제2에서 설시한 것과 같이 피항소인에게 계약위반의 이유가 없고, 따라서 항소인에게 계약해제권이 발생하지 아니하므로 항소인으로부터 피항소인에 대하여 계약해제의 의사표시를 하였다고 하여도, 계약해제의 효과가 발생하지 아니함은 당연하므로 …"이라고 설시하여 상고인 등의 청구를 배척한 것은, 결국 상기 제2의 해제원인 중 2의 점에 관하여 판단을 하지 아니한 이유불비의 불법이 있는 것이고, 논지는 이유가 있다. 원판결은 파기를 면할 수 없다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 있으므로 그 밖의 상고 논지에 대하여는 설명을 생략하고 민사소송법 제447조 제1항에 의하여 원판결을 파기하고, 다시 변론 및 재판을 하게 하기 위하여 같은 제448조 제1항에 의하여 본건을 대구복심법원으로 환송한다. 따라서 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

122 토지매매대금잔액청구에 관한 건
〔대정5년민상제198호 1916년 11월 17일 판결〕

【판결요지】

1. 민사소송법 제167조 제1항의 규정은, 당사자의 주소지와 법원 소재지와의 거리가 해육로 8리 미만인 경우에는 그 적용이 없다.

【제 1 심】 공주지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 정희찬
【피상고인】 윤 전

위 당사자 간의 토지매매대금잔액 청구사건에 관하여 1916년 7월 13일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

제2심판결의 이유에 항소인이 본건 제1심판결의 송달을 받은 것은 1916년 5월 2일임은 기록상 명백하다. 따라서 그 항소는 같은 날로부터 1개월 즉 30일째인 같은 해 6월 1일까지 제기하여야 함에도, 본건 항소는 위 기간경과의 익일인 같은 해 6월 2일에 제기된 것도 역시 기록상 명백하다. 그리고 항소기간의 만료일인 같은 해 6월 1일은 일요일 또는 일반적인 축제일에도 해당하지 아니하고, 항소인의 주소와 원법원인 공주지방법원과의 거리는 2리에 불과한 것도 현저하다. 따라서 당해 기간의 연장이 될 수 있는 사정도 없으므로 본건 항소는 항소기

간경과 후의 제기라고 인정하여야 한다고 하고 기각하였다. 그리고 공주우편국 통신구획편람 제8권을 참조하여도, 상고인의 주소인 공주군 목동면 산의리로부터 공주지방법원까지 4리라는 것과 충청남도 도청에서 건설한 이정표에도 4리임이 명백하다. 민사소송법 제167조는 해육로 8리마다 1일을 신장하고 단 8리 이외의 단수가 3리를 초과할 때에도 역시 같다고 한다. 그렇다면 1916년 6월 2일에 항소를 제기한 것은 전게 신장기간에 의하여 적법한 것임에도, 제2심판결이유에 항소인의 주소가 원법원인 공주지방법원과의 거리는 2리에 불과한 것이 현저하다고 운운이라는 것은, 어떠한 근거에 의한 적시인지 알 수 없다. 항소인의 주소가 4리임은 상기 통신구획편람과 동청에서 건설한 이정표목에 명백하다. 제2심판결은 법률상 위배이므로 상고한다.

살피건대, 민사소송법 제167조 제1항에는, 법률상의 기간은 법원의 소재지에 주거하지 아니하는 원고 또는 피고를 위하여 그 주거지와 법원소재지와의 거리의 비율에 따라 해육로 8리마다 1일을 신장하고 8리 이외의 단수는 3리를 초과할 때에도 역시 같다고 한다. 따라서 당사자의 주거지와 법원소재지와의 거리가 처음부터 8리 미만인 때에는 신장기간은 조금도 없게 된다. 그리고 조선각도 부면간 이정표에 의하면 상고인 주거지 목동면으로부터 원법원소재지 충청남도 공주군 공주면까지의 거리는 2리 8정으로 8리 미만이므로 조금도 신장하여야 하는 기간이 없고, 원판결에서 상고인이 제1심판결의 송달을 받은 것은 1916년 5월 2일이므로, 그 항소는 위 다음 날로부터 1개월 즉 30일째인 같은 해 6월 1일까지 제기하여야 함에도, 본건 항소는 위 기간경과의 익일인 같은 해 6월 2일에 제기된 것이라는 사실을 인정하여 기각한 것은 상당하고, 아무런 위법이 없으므로 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

123 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제226호 1916년 11월 17일 판결〕

【판결요지】

1. 월 3푼의 이자를 부가하여 변제하여야 함을 약속한 사실에 기하여 연 5푼의 이자의 청구를 인용한 것은 그 범위이므로 상당하다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김용진
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
【피상고인】 채형묵

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 7월 19일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 그 주문에서 “피항소인[1]은 항소인[2]에 대하여 금 480원 21전 5리 및 이에 대한 1914년 8월 27일부터 본건 판결집행종료에 이르기까지의 연 5푼의 이자를 지급하라”고 판시하였다. 그 이유에서 “전

1) 상고인, 피고
2) 피상고인, 원고

략 피항소인의 잔채무금 491원 26전 5리이므로 항소인은 금 11원을 즉시 지급하고 잔금은 소비대차로 경개하며, 피항소인과 이태학이 연대하여 위 금액에 월 3푼의 이자를 부가하여 변제함을 항소인에 대하여 약속한 사실은 … 이를 인정할 수 있다"고 설시하였다. 이것은 주문의 연 5푼의 이자를 지급하라는 판시에 대하여 피항소인이 월 3푼의 이자를 지급함을 승낙하였다는 사실을 그 이유로 하는 것으로, 주문 판시의 취지에 부응하지 아니하는 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 원심은 증거에 기하여, 상고인은 피상고인에 대하여 잔채무금 480원 26전 5리는 소비대차로 경개하고, 상고인과 이태학이 연대하여 위 금액에 월 3푼의 이자를 부가하여 변제할 것을 약속한 사실을 인정하였다. 그리고 피상고인의 본소청구의 이자는 연 5푼이므로 위 계약이율의 범위 내에 속하는 것이고 그 청구가 부당하지 아니함은 두말할 필요가 없다. 따라서 원심이 월 3푼의 계약이율을 인정하고, 그 범위 내에서의 피상고인의 본소 이자의 청구를 인용한 것은 상당하며 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 그 이유로서 "살피건대 1913년 중 피항소인은 이태학과 공동으로 황해도 신천군 소재 이명구 소유의 토지를 같은 사람으로부터 매수하였음에도, 대금의 지급을 태만히 하여 손해배상으로서 금 752원을 지급하게 되자, 항소인은 같은 사람 등을 위하여 위 배상금 중에 금 300원을 대신 이명구에게 지급하고, 피항소인은 이태학과 토지공동매매로 인하여 피항소인의 형제 등과 항소인 집에 체재 중 발생한 같은 사람 등의 숙박료 차금 등 제비용을 피항소인이 항소인에 대하여 스스로 지급할 것을 약속하였다. 그리고 1914년 8월 26일 항소인은 피항소인과 서로 채무를 계산하고, 팔금(八金)에서 상기 체당금 300원에 대한 월 3푼의 이자 기타를 공제하여, 피항소인의 잔채무금 491원 26전 5리가 되는 것을, 항소인은 금 11원을 즉시 지급하고 잔금은 소비대차로 경개하여 피항소인과 이태학이 연대하여 위 금액에 월 3푼의 이자를 부가하여 변제할 것을 항소인에 대하여 약속한 사실은, 갑 제2호증 내지 제5호증의 기재, 증인 황종철의 제1, 2심에서의 진술, 원심 증인 김윤창, 우산좌일(宇山佐一, 우야마)의 각 증언, 당사자 간

다툼이 없는 본건 채권에 관하여 항소인이 이태학에 대하여 항소인과 연대의 지급을 소구하고 승소의 확정판결을 얻은 사실을 종합 고려하여 이를 인정할 수 있다”라고 설시하였다. 그러나 (1) 증인 황종철의 제1심에서의 진술은 단지 원고(항소인)와 피고(피항소인) 사이에 금전거래관계에 관하여 계산을 하였다는 것이고, 나아가 같은 사람의 원심에서의 진술은 피항소인을 위한 손해배상금지급의 목적으로 금 300원을 대신 지급하였다는 것으로, 모두 상기 판시와 같이 항소인과 피항소인 간에 채무의 경개를 한 것 및 이자를 붙인 계약을 한 사실을 인정할 수 없다. (2) 제1심 증인 김윤창의 진술은, 피고 등이 위약금 750원을 지급함에 있어서 원고로부터 금 300원을 차입하였다고 말하고, 또한 제1심 증인 우산좌일(宇山佐一, 우야마)의 진술은 원고가 피고에 대하여 금원을 대신 지급하였는지의 여부를 모른다는 것이다. 모두 상기 판시의 인정 사실을 증명함에 부족하다. 이 점에서 원판결은 채증의 법칙에 위배된 불법이 있다.

살피건대, 일건 기록에 비추어보면, 제1심에서 증인 황종철은 “피고(상고인)는 그 당시 그 소유하는 토지를 매각하려고 이태학이라는 자와 함께 상경하여 원고(피상고인) 집에 숙박하고, 나아가 그 후 김용정, 김용승이라는 자를 남겨두고 원고 집에 숙박하게 하여, 원고에 대하여 위 사람 등은 자신의 토지의 매매를 주선하기 위해 남겨둔 취지를 말하고, 같은 사람 등의 숙박료 및 차금은 후일 계산하여 자신이 지급할 것이므로 같은 사람 등의 청구대로 금원을 대여해 줄 것을 의뢰한 일이 있습니다”라고 진술하였다. 제2심에서 같은 증인은 “1914년 8월 26일 항소인(피상고인)과 피항소인(상고인)이 입회하여 계산한 일이 있습니다. 그 때 피항소인은 계산을 인정하였는데 따로 날인한 것은 아닙니다. 그리고 위 계산서는 1통 피항소인이 갖고 갔습니다. 그 때 피항소인은 480원 26전 5리는 3푼의 이자를 붙여 지급할 것을 승낙하고 …”이라고 진술한 취지의 기재가 있다. 이러한 증언과 판결문 소재의 다른 증거를 종합 고려하여, 논지 모두에 기재한 판시사실을 인정하기에 충분하므로 원심이 판결문 소재 증거에 의하여 판시의 사실을 인정한 것은 상당하고, 소론과 같이 채증법칙에 위배된 불법이 없다. 본 논지는 결국 원심의 직권에 속하는 증거판단을 비난하는 것이

므로 상고 적법의 이유가 되지 아니한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

124 토지소유권확인청구에 관한 건 〔대정5년민상제231호 1916년 11월 17일 판결〕

【판결요지】

1. 단지 공상(空想)을 그려 경계선으로 한 것이 아니고 증거에 의하여 지세에 따라 관찰하여 판단을 내린 것에 틀림없을 때에는 불법이 아니다.

【제 1 심】 부산지방법원

【제 2 심】 대구복심법원

【상고인】 이등무병위(伊藤茂兵衛, 이또우)
소송대리인 와전오루(窪田梧楼, 구보다) 외 1인
보조참가인 종중망(宗重望, 소우)

【피상고인】 원전저지장(原田猪之藏, 하라다)

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건에 관하여 1916년 6월 6일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 “지세에 따라 관찰할 때에는, 천마산록에 따라 대치동 고개로부터 히도쯔야(一ツ矢)에 이르는 작은 길이 존재하므로, 그것은 부산지방법원의 서쪽을 통과하는 도로의 남단과 그 동쪽을 통과하는 도로의 남단을 연결하는 직선에 따라 나아가, 본건 계쟁지와 그 남쪽에서 접하는 화전야무광(和田野茂光, 와다노)의 소유라고 칭하는 토지와의 경계를 이루는 작은 계류가 나오고, 이에 따라 동쪽으로 내려간 것으로 상상할 수 있고, 을 제9호증의 도면의 주선(朱線)의 위치를 참작하여 생각할 때에는, 같은 호증의 작은 길은 위 상상선에 따라 존재하는 것이라고 인정함이 상당하며, 따라서 계쟁지는 작은 길의 동북으로 나아가 현학두 하부지의 범위 외가 된다”고 판시하였다. 그러나 위 소위 상상선이라는 것은 아무런 증거에 의하지 아니하고 판단한 것이다. 환언하며 법원이 자신의 의견으로 사실을 인정한 것에 귀착될 뿐만 아니라, 그 어떠한 이유에 의하여 상상선이 있는 사실을 인정하였는지 그 이유를 제시하지 아니함과 동시에, 이유불비의 위법이 있다는 점이다.

살피건대, 원판결을 본다면 원심은 을 제11호증, 같은 제12호증, 같은 제9호증, 병 제3호증에 의하여 현학두가 하부를 받은 산지는 구덕산으로부터 천마산에 이르고, 서쪽은 산정분수령, 동쪽은 산록 작은 길을 경계로 한 범위임을 인정하며, 그 산록 작은 길의 위치를 확정함에 있어서 나아가 1916년 4월 25일의 검증조서 및 을 제10호증인 대정2년민항제270호 사건의 검증조서를 인용하여, 지세에 따라 관찰하여 논지에 적기하는 것과 같이 천마산록에 따라 대치동 고개로부터 히도쯔야(一ツ矢)에 이르는 작은 길이 존재한다면, 그것은 부산지방법원의 서쪽을 통과하는 도로의 남단과 그 동쪽을 통과하는 도로의 남단이 결합하는 직선에 따라 나아가, 본건 계쟁지와 그 남쪽에서 접하는 화전야무광(和田野茂光, 와다노)의 소유라고 칭하는 토지의 경계를 이루는 작은 계류로 나와, 이에 따라 동쪽으로 내려간 것으로 상상할 수 있다고 판시하였다. 원심은 또한 을 제9호증을 인용하여 당해 도면의 작은 길은 위 상상선에 따라 존재하는 것이라고 인정함으로써, 현학두가 하부를 받

은 산지의 동쪽 경계선인 산록 작은 길을 확정하고, 계쟁지는 현학두가 하부를 받은 산지의 범위 외임을 단정하여 상고인의 소유에 속하지 아니하는 사실을 설시한 것이다. 그리고 원심이 위 상상선이라고 지시한 것은, 단지 공상을 그려 경계선이라고 한 것이 아니고 그 인용의 증거인 을 제10호증 중에 기술된 검증의 결과를 채용하고 지세에 따라 관찰하여 판단을 내린 것에 틀림없다. 즉 을 제10호증 중에는 "여기서부터 남수정(南數町) 부산고등여학교 동쪽을 통과하는 도로의 남단에 이르기까지는, 산록의 경사원만하고 단지 지세에 따라 관찰할 때에는 항소인 대리인 및 보조참가인 대리인의 구도라고 주장하는 가스탱크 도로로부터 다시 서남쪽 산록 근처의 수개의 도로를 상상할 수 있다. 그리고 산록에 가장 가까이 대치동 고개로부터 히도쯔야(一ツ矢)로 통하는 작은 길이 있다고 하면, 전단 기재의 상상선은 산록에 따라 조금 동남쪽으로 굽어지고, 즉 부산지방법원 서쪽을 통과하는 도로의 남단과 그 동쪽을 통과하는 도로의 남단을 연결하는 직선에 따라 나아가, 작은 계류로 나와 동쪽으로 내려가고 부산고등여학교 동쪽을 통과하는 도로에 이르러 남쪽으로 꺽인 것이라고 상상된다"라고 되어 있다. 그 검증의 결과인 실지의 지형에 비추어 수개의 도로의 상상선이 있음을 인정하고, 그 중 위 상상되는 선으로 대치동 고개로부터 히도쯔야(一ツ矢)로 통하는 산길로 한 것에 이유가 있는 것으로, 원심은 이를 자료로 사용하여 상기 판시와 같이 그 상상선을 인정함으로써 산록 작은 길을 확정한 것임은 명백하므로, 이것은 증거에 의하지 아니하는 인정이 아님은 물론, 상상선이 존재하는 사실을 인정한 이유는 위 원판결에 인용되어 있는 증거에 의하여 이를 인식하기에 충분하므로, 이유에 불비가 없다. 요컨대, 본 논지는 원심의 직권에 속하는 증거판단 및 사실인정을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.

이상 설명하는 것과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

125 급여청구에 관한 건
〔대정5년민상제159호 1916년 11월 21일 판결〕

【판결요지】

1. 증거는 그 작성자로 칭하여지는 자가 그 성립을 부인할 때에는, 다른 사실 또는 증거에 의하여 그 자의 작성이라는 것을 인정한 후가 아니면 이로써 판결의 자료로 할 수 없다.

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 고려자기제조 주식회사
대표자 사장 이사 서상룡
소송대리인 김기현
【피상고인】 고뢰유기(高瀨由巳, 다까세)

위 당사자 간의 급여 청구사건에 관하여 1916년 5월 31일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결을 파기하고 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

【이 유】

상고이유 제3점은 다음과 같다.

갑 제5호증과 같은 것은 항소 회사가 조금도 알지 못하는 바의 것이고, 당해 증거에 대하여는 부지로 답하였다. 그런데 원심이 이를 채용함으로써 판결의 자료로 사용한 것은 불법하다.

살피건대, 원심구술변론조서에 의하면 갑 제5호증은 피상고인이 상고 회사가 작성한 장부라고 하여 제출하고, 상고 회사가 부지의 답을 한 것, 즉 작성자로 칭하여지는 자가 그 성립을 부인하는 것이다. 따라

서 원심은 다른 사실 또는 증거에 의하여 상고 회사가 작성한 것임을 인정한 후가 아니면 판결의 자료로 할 수 없는 것이다. 그런데 원심은 그 판결 이유에서 같은 호증이 상고 회사의 장부로서 진정하게 성립한 것이라고 인정하여야 하는 다른 사실 또는 증거를 개시하지 아니하고, 바로 "항소 회사의 장부로서 진정하게 성립된 것으로 인정할 수 있는 갑 제5호증에 비추어보면 …"이라고 설시하여 같은 호증을 상계 항변에 대한 판단의 자료로 사용한 것은, 채증의 법칙에 위배된 불법한 판결이고, 논지는 이유가 있다. 원판결은 파기를 면할 수 없다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 있으므로 그 밖의 상고 논지에 대하여는 설명을 생략하며 민사소송법 제447조 제1항에 의하여 원판결을 파기하고 같은 제448조 제1항에 의하여 다시 변론 및 재판을 하게하기 위하여 사건을 대구복심법원으로 환송하기로 하고 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

126 가옥공유권확인청구에 관한 건
〔대정5년민상제195호 1916년 11월 21일 판결〕

【판결요지】

1. 소유권을 주장하며 그 확인을 구하는 소송에 있어서 그 소유권취득의 원인에 관하여 석명을 추가한 것에 불과한 때에는, 청구원인의 변경을 한 것이라 말할 수 없다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 부산지방법원 울산지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김재호
소송대리인 안본예차랑(岸本銳次郎, 키시모또)
복대리인 송본정관(松本正寬, 마쓰모토)

【피상고인】 김봉길 외 25인

위 당사자 간의 가옥공유권확인 청구사건에 관하여 1916년 6월 28일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심 인정의 사실은, 본건 건축가옥은 피항소인이 전복파괴에 의한 배상의 뜻으로 동일 장소에 동일한 가옥을 항소인 등의 소유물로서 건축할 것을 항소인 등과 계약하고 건설을 끝낸 것으로, 그 건설의 준공과 동시에 항소인 및 피항소인 등의 공유물로서 항소인 등에 있어서도 그 소유권을 창설취득한 것으로 인정하였다. 그런데 그 항소인 등과 피항소인과의 위 계약성립에 관하여는 증거로서 볼만한 것이 없고, 단지 김영순의 증언 및 김정옥의 증언으로 설명하였다. 그러나 위 각 증언은 항소인 등(피상고인) 전원이 피항소인과의 계약이라고 함에 충분한 증언이 없고, 오히려 항소인 등의 일부분의 자로 인정되는 증언이므로, 항소인 등 전원과 피항소인과의 계약은 어떻게 성립한 것인지 알 수 없다. 결국 이유불비라고 사료된다.

살피건대, 원판결에는 증인 김영순의 본건 구 가옥이 전복된 때 상회소원(商曾所員)인 김낙언, 송영일, 박참서, 김봉길, 김주선(사망) 등이 피항소인에 대하여 이미 가옥이 전복된 것이라면 인도하여 달라고 말하였는데, 피항소인은 스스로 수선시에 전복한 것이므로 건축하고 주거한 후 인도한다고 말하였다. 그리고 전술 김낙언 등은 이를 승낙한 취지의 진술 및 증인 김정옥의 가옥이 전복된 때 같은 장소에 갔는데, 상민의 두목 박시욱 그 밖의 자가 와서 피항소인에 대하여 가옥을 수선한다면 왜 상담하지 않았는가, 상황이 나쁘니 나가라고 말하고,

피항소인 김재호는 무차임으로 오래 거주하였으므로 원래대로 다시 건축한다고 말하였으며, 항소인 등은 나아가 이번 기회에 인도하라고 말하였는데, 피항소인은 전복하려고 한 일이 아니지만 파괴하여 원래대로 건축한다고 말하고 있었다는 취지의 진술을 원용하고 있다. 이러한 증거와 그 밖의 원심 당사자 간 다툼이 없는 사실을 종합하여, 피상고인 등(항소인 등)의 전원과 상고인(피항소인)과의 사이에 논지 기재와 같은 계약이 성립하였음을 인정할 수 있으므로, 원심의 판단은 상당하고 위 논지는 필경 상고인 개인의 의견에 기하여 원심의 직권에 속하는 증거판단을 비난하는 것에 불과하므로, 상고 적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

위와 같은 인정 사실의 증거로서 원용된 증인 김영순 증언 중 상고인이 건설하여 주거한 후 인도하는 것에 계약성립한다는 취지의 조항이 있다. 이것은 판시사실과 같은 의미를 포함하는 것이 아니고, 오히려 주거하고 상당 정도 사용한 후에 즉 앞서 전복한 가옥과 동일한 정도의 물건이 된 때에 소유권의 이전을 한다는 취지라고 해석하는 것이 상당하다. 또한 증인 김정옥의 증언에 의하여도 원래대로 건설한다고 말하였다고 증언하고 있으므로, 만일 판지와 같이 배상의 의의로 원래대로 건설한다고 하면 그 간수(間數), 동수(棟數)가 동일할 뿐만 아니라, 전복 전의 타폐(打廢) 정도의 물건을 건설하여야 하고 특히 자비로 구가옥 이상의 정성을 들이는 것이지만, 대부분은 구가옥의 재료를 사용하여 건설하게 된다. 그런데 본건과 같이 신재목으로 건설하였음을 보아도 판시와 같은 피항소인(상고인)의 의사가 되지 아니한 것은 명백하다. 결국 위 양 증인의 증언으로는 언제 소유권을 이전하여야 하는지를 알 수 없다. 판시의 사실에 대하여 증거불비라고 사료한다.

살피건대, 논지기재의 각 증언은 반드시 상고인 소견과 같이 해석하여야 하는 것이 아니다. 뿐만 아니라 원심은 판결문 기재의 각 진술과 그 밖의 당사자 간 다툼이 없는 사실을 종합하여, 본건 가옥은 상고인(피항소인)이 파괴에 의한 배상의 뜻으로, 동일 장소에 동일 가옥을 피상고인(항소인 등)의 소유물로서 건축할 것을 피상고인 등과 계약하

고 건설을 끝낸 것이다. 따라서 그 건설의 준공과 동시에 당사자 간의 공유물로서 피상고인 등이 그 소유권을 창설취득한 것으로 인정한 것은 상당하고, 위 논지는 필경 원심의 전권에 속하는 증거의 해석을 비난하고 나아가 사실인정을 공격하는 것에 불과하므로 상고 적법의 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

제2심에서는 당사자 간의 계약에 의한 청구원인으로 하였지만 제1심에서는 피상고인 등의 청구는 구 가옥의 공유권이 구 가옥에 대신하는 신가옥에 대하여도 당연히 존재하는 것이라고 하여 본소 청구를 한 것이므로, 제2심에 이르러 원인변경된 것이다.

살피건대, 피상고인은 제1심 이래 소유권을 주장하여 그 확인을 구한 것인 점은 기재상 명백하다, 제2심에서 당사자 간의 계약에 의하여 소유권을 취득하였다고 진술한 것은 그 원인에 관하여 석명을 추가한 것에 불과하다. 따라서 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명에 의하여 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

127 차임청구에 관한 건
〔대정5년민상제236호 1916년 11월 21일 판결〕

【판결요지】

1. 민사소송법 제232조의 소위 기본인 구술변론이란 같은 제216조의 규정에 따라 당사자 쌍방이 소송의 관계를 표명하고 증거조사의 결과에 관하여 마지막으로 하는 구술변론을 지칭하는 것이고, 판결은 구술변론에 임석한 판사에 한하여 이를 하여야 한다(상고이유 제2점).

[참 조] 판결은 그 기본인 구술변론에 임석한 판사에 한하여 이를 한다(민사소송법 제232조).

당사자는 소송의 관계를 표명하고 증거조사의 결과에 관하여 변론을 하여야 한다.

수명판사 또는 수탁판사의 면전에서 증거조사를 한 때에는 당사자는 증거조사에 속하는 신문조서에 기하여 그 결과를 진술하여야 한다(민사소송법 제216조).

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 등미국태랑(藤尾菊太郎, 후지오)
【피상고인】 석전구태랑(石田龜太郎, 이시다)

위 당사자 간의 차임 청구사건에 관하여 1916년 8월 18일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

상고인은 최초 피상고인과 가옥임대차시에 2층짜리(2칸 다다미 9장 깔림)를 1개월 금 11원으로 임차할 것을 협약한 것은 사실이다. 그리고 피상고인은 2층을 수선하고 또한 9장의 다다미를 까는 것 및 건구를 들여놓는 것 또한 취사장을 만드는 것으로 하고, 차임을 금 11원으로 정하여 상고인은 당해 가옥으로 이주하고 1층에 작업장을 신설하였다. 그러나 피상고인은 다시 2층의 건구, 다다미, 수선 및 취사장을 만들어주지 아니하고 단지 1층의 다다미 6장짜리 방의 상판(床板)을 친 것만을 하였다. 취사장과 같은 것은 잠시도 유예할 수 없으므로 어쩔 수 없이 상고인 스스로 이를 만들고, 한편 2층 쪽을 피상고인에게

고쳐줄 것을 요구하였지만 응하지 않고 오히려 다다미가 없으므로 2층을 제외한 1층만을 임대차로 한다고 하는 불법한 신청을 하였다. 이에 그 불법을 추궁하며 빨리 고쳐줄 것을 말하고, 상고인은 가옥의 주위를 둘러싼 담도 없고 즉 도난예방의 장치도 없어 외벽도 신설하였다. 그런데 피상고인은 상고인이 이주하고 나서 각각 수선을 하고 더 이상 다른 곳으로 이동할 염려가 없다고 보고, 드디어 2층의 수선은 물론 다다미, 건구를 들여놓는 협약을 이행하지 아니하기에 이르렀다. 이것은 그가 차가인에 대한 관용수단을 이용하였을 뿐만 아니라, 2층은 기와지붕 1층은 아연지붕으로 조잡한 가옥에 대하여 2층을 제외하고 1층만으로 월 10원의 차임으로 하자고 말하기에 이르러 그 불법임은 말로 표현할 수 없는 청약이고, 상고인은 2층을 제외하고 월 10원이란 심히 비싼 가격일 뿐만 아니라, 2층 다다미 9장 방을 단지 금 1원을 빼고 계약 당시의 금 11원의 차임보다 1원 감함은 불법이고, 2층을 제외한 월 금 7원의 차임이라면 군산 임대가옥 전체와 비교하여 상당한 가격이라고 반발하며 협의하였지만 성공하지 아니하였다.

그런데 피상고인은 작년 5, 6월경 2층을 제외하고 금 10원의 차임으로 차용증을 제출하라고 말하였지만, 11원보다 겨우 1원을 내린 금 10원은 비싸므로 상당하게 인하할 것을 말하고 증서의 제출을 거부하였다. 그러자 피상고인은 결국 법정에 폐를 끼치게 되었다. 제1심에서 피상고인은 상고인이 10원의 임차증서를 제출하지 아니한 것은 보증인을 얻을 수 없기 때문이라고 항변하여 상고인을 무고하였다. 뿐만 아니라 갑 제1호증이라는 것을 작성하고 이를 증거로 하여 쟁송의 증거로 제출하였다. 즉 본년 1월 13일 상고인이 차임을 협정하려고 하여도 그가 응하지 아니하여 2층의 수선을 요구한 때에, 그렇다면 수선료로서 금 10원을 대여하라고 하여 이를 허락하고, 목수 반관장길(半貫長吉, 한누키)이라는 자에게 그 10원을 건넨 것을, 피상고인은 차임 금 11원인 것을 1915년 1월 1일부터 금 10원으로 감액한 것처럼 그 갑호증에 1월 13일 금 10원 수령(단 1월분), 4월 8일 금 10원 수령(단 2월분), 12월 31일 금 10원 수령(단 9월분)이라고 기재하여 제공하였다. 그러나 상고인은 차임 부족 때문에 불쾌하게 되어 월 금 7원의 차임이 적당하다고 보고 어떤 달은 7원, 3원 또는 10원, 8원 정도를 내고, 또

한 1리도 내지 않은 달도 있다. 그것을 피상고인은 상고인이 여러 번 낸 돈을 금 10원으로 합산하고, 갑호증에 차임을 10원으로 정한 것처럼 기재하여 자유자재로 갑호증을 제출한 것은, 전적으로 위증이고 금 10원으로 차임을 협정한 일이 없으며 미정인 것이다. 제2심법정의 판결 전의 신문에 대하여는, 상고인이 주장하는 증언은 충분하게 인용되면서, 판결에 이르러 피상고인의 갑호증인 위증을 채용하고 또한 판결 전에 상고인이 가옥의 실체조사 및 차임의 감정을 신청하였는데, 증인이 있으면 증인을 내고 그것으로 족하다고 하여 증인신청을 하였지만, 판결문 중에 상략 과연 2층의 일부를 수선하지 아니하여 사용하기 어려운 것인지의 여부를 인정하기에 부족하고, 따라서 소송인이 항변하는 차임감액의 청구를 시인하기에 부족하다 운운이라고 판결하였다. 실로 상고인이 가옥의 실체조사를 받아들이지 아니하고 과연 2층의 일부를 수선하지 아니하였으므로 운운의 판결이 된 것은, 상고인의 신청을 받아들이지 아니하고 일방적으로 피상고인의 편언(偏言)을 채용한 증거이고 부적법한 판결이다.

살피건대, 원심은 당사자 간에 다툼이 없는 사실로서 본건 가옥의 임대료는 당초 월액 11원의 약정이었음을 인정하였다. 원심은 또한 피상고인의 다다미에 부족이 있다는 이유로 이를 월액 10원으로 감액하였다는 주장 및 상고인의 2층의 일부는 실제 사용할 수 없으므로 7원으로 감액하는 것이 상당하고 그 이상의 차임지급의 의무가 없다는 주장에 관하여, 성립에 다툼이 없는 갑 제1호증 중 “1개월분 10원은 수선비, 4월 8일 10원 받음(단 2월분), 12월 31일 10원 받음(단 9월분)”이라는 기재에 의하여, 피상고인 주장과 같이 당사자 간에 임대료를 월액 10원으로 감액한 사실을 인정하고, 상고인이 신청한 증인 석천오랑평(石川五郎平, 이시가와)의 증언에 의하여 2층의 일부가 수선을 하지 아니하였으므로 사용할 수 없는지의 여부를 인정하기 부족하다고 판단하여 상고인에 대하여 패소의 판결을 선고하였다. 그리고 본건 갑 제1호증은 원심에서 상고인이 그 성립을 인정한 것임은 1916년 6월 30일의 원심구술변론조서에 그 취지의 기재가 있으므로 명백하다. 같은 갑호증의 기재에 의하면 앞의 판시와 같은 사실을 인정할 수 없는 것이 아니다. 또한 증인 석천오랑평(石川五郎平, 이시가와)는 본건 가

옥의 2층이 수선을 하지 아니하여 사용할 수 없는지의 여부의 점에 관하여 아무런 진술을 한 바가 없다. 따라서 원심이 갑 제1호증의 기재에 의하여 앞의 판시와 같은 사실을 인정하고, 또한 증인 석천오랑평(石川五郎平, 이시가와)의 증언에 의하여는 본건 가옥의 2층의 일부가 수선을 하지 아니하였으므로 사용할 수 없다는 것을 인정할 수 없다는 취지를 판단한 것은, 증거의 취사판단 및 사실인정에 관한 원심의 직권을 행사한 것임에 틀림없다. 본 논지 중 피상고인은 본건 가옥 2층의 수선, 다다미의 설치를 하지 아니하고 1층만의 차임으로서 금 10원의 청구를 하였지만, 상고인이 단연 이를 거절한 것은 당사자 간에 임대료를 10원으로 협정한 사실이 없다고 하고, 또는 갑 제1호증은 피상고인이 자신의 이익을 위하여 자의적으로 상고인의 입금을 합산하여 마치 임대료를 금 10원으로 정한 것 같이 기재한 것으로 같은 갑호증은 위증이라거나, 상고인이 신청한 증인의 진술을 운위하여 원판결을 비난하는 논지는 상기 원심직권의 행사를 비난하는 것에 불과하고 상고이유가 없다. 그 밖에 상고인이 원심에서 본건 가옥의 실지검증 및 차임의 감정을 신청한 것과 같이 논하여 원판결을 비난하는 논지는, 본건 기록을 조사하여도 원심에서 상고인이 이와 같은 증거조사의 신청을 한 흔적이 없으므로 이 역시 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

제2심에서 구술변론에 임석한 그 기본인 판사 십수춘(辻秀春, 쯔지), 같은 팔교용(八橋容, 야쯔하시), 같은 입천이랑(立川二郎, 다찌가와)의 3인의 법관이 판결선고에 입회하지 아니한 것은 기본을 상실한 것으로, 즉 민사소송법 제232조에 규정된 소송절차에 위배하는 것이다. 이에 판결선고에 입회한 법관의 씨명을 기재한다면 즉 다음의 3인의 법관이다. 율수만길(律守萬吉, 쯔모리), 제등종사랑(齊藤宗四郎, 사이또), 희두병일(喜頭兵一, 기또우)의 3인의 법관으로 기본이 없음은 명료하다. 위의 이유에 기하여 복심법원이 선고한 상기 판결은 전부 불복이므로 상고한다.

살피건대, 민사소송법 제232조에는 판결은 그 기본인 구술변론에 임석한 판사에 한하여 이를 하여야 한다는 취지의 규정이 있다. 그리고 그 기본인 구술변론이란 같은 법 제216조의 규정에 따라 당사자 쌍방

이 소송의 관계를 표명하고 증거조사의 결과에 관하여 마지막으로 하여야 하는 구술변론을 지칭하는 것이다. 즉 판결은 그 구술변론에 임석한 판사가 이를 하여야 한다. 따라서 본건 기록을 조사하건대, 1916년 8월 12일의 원심구술변론조서에는 재판장 조선총독부판사 율수만길(律守萬吉, 쯔모리), 조선총독부판사 제등종사랑(齊藤宗四郎, 사이또), 같은 희두병일(喜頭兵一, 기또우), 조선총독부 법원서기 소천홍의(小泉弘毅, 고이즈미) 열석 …, 당사자 쌍방이 소송관계를 표명하고 입증의 결과에 관하여 변론을 한 취지의 기재가 있으므로, 본건의 기본인 구술변론에 임석한 판사는 상기 율수만길(律守萬吉, 쯔모리) 외 2인이고 십수춘(辻秀春), 팔교용(八橋容, 야쯔하시), 입천이랑(立川二郎, 다찌가와)은 그 구술변론에 임석한 것이 아님은 명백하다. 따라서 같은 율수만길(律守萬吉, 쯔모리) 외 2인의 판사가 본건 판결을 하고 그 선고를 한 것은 상당하므로, 원판결에는 소론과 같은 위법이 없고 본 논지는 상고이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

128 토지대금잔액청구에 관한 건
〔대정5년민상제193호 1916년 11월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 갑의 채권을 갑의 을에 대한 채무와 상계하여 이미 그 채권이 소멸하였음을 확정하고 갑의 청구를 배척하기에 충분한 이상은, 그 상계를 한 일시 및 그 의사표시가 대화자 간의 의사표시인지 또는 격지자 간의 의사표시인지와 같은 것은 갑의 청구의 당부에 영향을 초래하지 아니하므로, 반드시 확정할 필요가 없다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 해주지방법원 송화지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 이양배
소송대리인 김형숙
복대리인 김찬영
【피상고인】 김홍엽

위 당사자 간의 토지대금잔액 청구사건에 관하여 1916년 6월 28일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원심판결을 통독하면, 원심은 1915년 1월 15일 상고인으로부터 신구문권을 피상고인에게 교부하는데 7일 이내라고 기한을 정하고, 만일 기한을 경과하여 문권의 교부를 하지 아니할 때에는, 금 100원을 위약금으로서 피상고인에게 배상하여야 한다는 취지의 계약이 있음을 인정하였으며, 피상고인으로부터 지급을 받아야 하는 금 150원과 대등액으로 상계를 하여 잔금 50원은 조원규에게 지급하게 하였다는 사실을 인정하였다. 그러나 몇 년 몇 월 며칠 당사자 쌍방으로부터 상계의 의사를 표시하였는지 또는 의사표시는 대화였는지 격지였는지 사실을 구체적으로 특정하지 아니한 것은 위법하다.
살피건대, 원심은 그 판결서에 기재한 사실증거에 의하여, 갑 제1호증 계약의 날(1915년 1월 15일) 피항소인(상고인)도 역시 항소인(피상고인)에 대하여 상기와 같이 금 200원을 수취한 다음, 그 날로부터 7일 이내에 신구문권을 항소인에게 반환하여야 하고, 위약의 경우에는 위약금으로서 금 100원을 지급하여야 함을 계약하였으며, 그 취지의

계약서를 갑 제1호증과 상환으로 항소인에게 교부하였으므로, 조원규로 하여금 신구문권을 반환시킴에 있어서도 이에 의하여 동시에 지급을 받아야 하는 금 150원 중에서 위약금 100원을 상계공제하고, 항소인으로 하여금 잔액 50원을 조원규에게 지급하게 하였으므로 당사자간에 있어서의 문권반환에 따른 각종의 지급관계를 종료시킨 것으로 인정한 것이다. 즉 상고인은 피상고인에 대하여 문권의 교부와 동시에 지급을 받아야 하는 상고인의 채권 150원 중에서, 그 채무인 위약금 100원을 상계공제한 잔액 금 50원을 조원규에게 지급하여야 할 것을 구하고, 피상고인은 그 요구에 응하여 그 채권인 위약금 100원을 150원의 채무와 대등액으로 상계하고, 잔채무인 금 50원을 조원규에게 지급하여 문권의 교부를 받은 것임은 판결문상 명료하다. 그리고 전술과 같이 원심이 상고인의 상계에 대한 채무와 상계하고 이미 그 채권이 소멸되었음이 확정된 이상은, 본건 상고인의 청구는이를 배척하기에 충분하고, 피상고인이 상고인의 신청에 응하여 상계를 한 일시 및 그 의사표시가 대화자 간의 의사표시인지 또는 격지자 간의 의사표시인지의 사실과 같은 것은, 본건 청구의 당부에 영향을 초래하는 것이 아니므로 반드시 이를 확정할 필요가 없다. 따라서 원심이 이러한 점을 확정하지 아니하였다고 하여도 위법하지 아니하므로 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심은 거래의 상태 및 증인 계성신의 진술, 갑 제1호증의 말미 및 을 제2호증을 종합 고려하여, 갑 제1호증 계약일에 피항소인(상고인)도 역시 항소인(피항소인)에 대하여 금 200원을 수취한 다음 그 날로부터 7일 이내에 신구문권을 항소인에게 반환하여야 하고, 위약의 경우에는 위약금으로서 금 100원을 지급하여야 함을 계약하였으며, 그 취지의 계약서의 갑 제1호증과 상환으로 항소인에게 교부하였으므로, 조원규로 하여금 신구문권을 반환시킴에 있어서 이에 의하여 동시에 지급을 받아야 하는 금 150원 중에서 위약금 100원을 상계공제하고 항소인으로 하여금 조원규에게 지급하게 하고 운운이라고 사실을 인정하였다. 그러나 조원규가 교부한 을 제2호증의 서한에는, 상계의 의사표시로서 볼만한 것이 없다. 또한 달리 상계의 의사표시가 있다고

인정할 만한 증빙도 없다. 이에 더하여 피상고인은 조원규가 상고인의 대리인으로서 상계의 의사표시를 하였다는 주장도 하지 아니하였다. 그렇다면 원심은 무엇에 의하여 당사자 간에 상계가 이루어진 것으로 인정하였는지 그 근거 및 증거를 알 수 없다. 따라서 원심판결은 이유불비의 판결이다.

살피건대, 피상고인이 원심에서 1915년 1월 15일 금 350원을 배상한다는 취지로 즉일 금 200원을 지급하고, 잔금 150원은 이미 항소인(피상고인)이 피항소인(상고인)에게 교부한 계쟁지의 신구문권과 상환으로 지급하는 것으로 하였지만, 그 날로부터 7일 이내에 피항소인이 먼저 같은 문권을 지참하지 아니하면 위약금 100원, 또한 항소인이 문권을 수령한 때에 잔금 150원을 지급하지 아니하면 같은 금액의 위약금을 모두 배상하여야 하는 계약을 하였다. 항소인은 갑 제1호증과 상환으로 피항소인으로부터 그 취지의 계약서를 수취하였지만 분실한 취지 및 피항소인은 잔금 150원 중 100원은 자신의 위약금으로서 지급하여야 하므로, 이와 상계하고 50원은 문권의 소지인인 조원규에게 이를 지급하여 같은 사람으로부터 문권을 수취하는 것으로 하고, 1915년 11월 14일 피항소인은 을 제2호증의 서면을 조원규에게 맡기고 토지대금 150원 중 영재조(零在條) 50원을 같은 사람에게 지급하여 같은 사람으로부터 문권 전부를 수취하라는 통지를 하였다. 따라서 항소인은 이에 따라 같은 사람에게 금 50원을 지급하고 같은 사람으로부터 문권 일체를 수취한 취지를 주장한 것은, 원심 구술변론조서에 비추어 명백하고 원심은 즉 위 피상고인의 주장에 기하여 그 판결서에 기재된 제반의 사실증거에 의하여 본 논지 모두 기재와 같은 사실을 인정한 것이다. 그리고 원심이 그 증거로서 원용한 을 제2호증 상소인 명의의 서면은 원심에서 상고인의 대리인이 그 성립을 인정한 것 역시 원심구술변론조서에 그 취지의 기재가 있으므로 명백하다. 같은 을호증에는 논의 가격 150원 중 영재조(零在條) 50원을 조원규에게 지급하여 달라는 취지의 기재가 있고, 그 영재조(零在條)라는 문구는 잔액으로 칭하는 것과 동일한 의의이므로, 같은 을호증의 문언은 즉 상고인이 피상고인에 대하여 논의 가격 150원의 채권 중 그 일부 100원의 채권을 소멸시키고, 그 잔존 채권액 50원을 조원규에게 지급하여야 한다

는 취지로 말한 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 이를 같은 을호증 중 답 10두락의 신구문권을 송부함으로써 이를 수취하라고 요구하는 취지의 기재 및 같은 을호증의 날짜가 갑 제1호증의 계약 후 약 10개월이 경과된 1915년 11월 15일인 것은 당사자 간에 다툼이 없다. 피상고인이 금 50전을 조원규에게 지급하고 이와 상환으로 같은 사람으로부터 그 목적으로 하는 본건 신구문권의 교부를 받은 사실, 그 밖에 원심이 원용하는 제반의 사실증거 등을 종합 고려할 때에는, 논지 모두 기재와 같이 상고인의 요구에 의하여 상고인의 피상고인에 대한 토지대금 150원의 채권은, 같은 피상고인에 대한 위약금 100원의 채무와 그 대등액으로 상계되고, 잔액 50원은 피상고인으로부터 이를 조원규에게 지급하고 상고인의 채권은 이에 전부 소멸하게 된 사실을 인정할 수 있다. 따라서 원심이 이러한 사실증거에 의하여 상기와 같은 사실을 인정한 것은 증거의 취사판단 및 사실인정에 관한 원심직권의 행사에 틀림없고, 원판결은 증거에 의하지 아니하고 사실을 인정하지 아니한 것임은 물론, 그 이유에 불비의 점도 없다. 요컨대, 본 논지는 상기 원심의 직권의 행사를 비난하는 것으로 상고이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

129 토지소유권확인청구에 관한 건
〔대정5년민상제205호 1916년 11월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 갑이 을의 승낙을 얻어 을 소유의 토지에 대하여 표면상의 소유자로 된 행위는 일종의 신탁행위로서, 신탁자와 수탁자와의 내부관계에서는 소유권이전의 효과가 발생하지 아니하지만, 제3자에 대한 외부관계에서는 표면상의 소유자는 진정한 소유자로 보아야 하고, 그와

같은 신탁행위는 조선민사령 시행 전이라 하여도 조리에 기한 법칙으로서 조선에서 행하여져 온 것이다(상고이유 제1점).

1. 전당권의 설정계약이 무효인 경우에 있어서는 이에 기한 전당권도 역시 무효라 하더라도, 단지 토지소유의 증명방법에 불과한 입지완문(立旨完文)이 무효 또는 무의미인 것이라면, 이로써 토지소유자 승낙 하에 적법하게 설정된 전당권의 무효가 야기되는 것이 아니다(상고이유 제2점).

1. 구 형법대전 시행 당시에 있어서 조선인이 일단 전당으로 제공한 토지가옥을 그 전당권 존속 중 다시 타인을 위하여 전당으로 제공한 때에는, 같은 법 제636조에 위배되므로 그 전당권은 무효이다. 그리고 이 법의는 같은 법 시행 전이라 하여도 그 당시 시행된 구한국 법전에서 이미 채용되어 있던 것이다(상고이유 제4점).

[참 조] 전택(田宅)을 이미 전매한 자가 타인에게 다시 전매를 한 때에는, 소득의 금액으로 계산하여 제600조의 준절도죄로 논하고 금액은 추징하여 후에 전매한 자에게 환부하며, 전택은 먼저 전매한 자에게 반환한다.

단, 후에 전매한 자 또는 알선자가 그 정을 안 때에는 전매자와 동죄로 하고 금전은 추징하여 몰수한다(형법대전 제636조).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 입화서개(立花犀介, 다찌바나)
소송대리인 고교장지조(高橋章之助, 다까하시)
【피상고인】 좌전정일(佐田精一, 사다)

위 당사자 간의 토지소유권확인 청구사건에 관하여 1916년 7월 18일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

본건 제1의 쟁점으로서 상고인[1]의 소유권취득의 지소(地所)[2]와 피상고인[3]의 소유권취득의 지소와는 그 지역이 다르다는 것을 주장하였다. 그런데 원판결에서는 “전략 적어도 본건 계쟁토지는 경성기업회사와 안중기에 대하여 이중으로 전당으로 제공한 것임을 간취할 수 있다. …”이라고 인정하였다. 그러나 상고인은 양자 전혀 별개의 지소임을 각 증거에 의하여 논쟁한 것임에도, 그러한 사실상의 관계로서 가령 본건 계쟁지가 2중으로 전당으로 제공된 것이라고 하려면, 그 전당권 피설정자는 안중기 및 경성기업회사의 양자인데, 설정자는 누구인지 당사자의 주장이 각각 다르다. 상고인은 당해 지소의 소유자 이성춘이 안중기에 대하여 직접 1904년 6월 전당으로 제공하였다고 말하고, 피상고인은 이제린이 소유자 이성춘의 승낙을 얻어 입지완문(立旨完文)을 받고 1904년 5월 전당으로 제공하였다고 말하여, 전당권설정의 방법을 달리한다. 그리고 이 관계로부터 발생하는 바의 쟁점은 아래와 같다. 1. 이제린은 타인의 소유 지소를 모인(冒認)하고 입지완문을 위조하였다. 2. 가령 범죄자가 아니라고 하지만 이성춘의 토지에 대하여 이제린의 이름으로 입지완문을 받은 것은 법규상 아무런 효력이 없다. 3. 소유자 이성춘이 승낙하여 이제린이 자신의 이름으로 입지완문을 받았다고 가정하여도, 이 역시 법규상 이성춘은 소유권을 상실하고 이제린이 소유권을 취득하는 것이 아니다. 4. 가령 이성춘이 승낙하였다고 하면 구한국 법규상 이제린은 어떠한 권리를 갖고, 이성춘은 어떠한 의무를 부담하는지, 이상의 논점에 대한 상고인의 주장은 아래와 같다. 1. 이제린이 모인 위조의 범죄자임은 제1심법원에서 같은 사람이 증인으로 한 진술 중 “전략 증인은 위 토지를 소유로서 일본의 회사에 저당으로 제공하고 금 8,000원을 사용하였기 때문에 인천감리소에 체포되어 6개월의 금옥(禁獄), 태(笞) 82에 처해지고 …”이라

1) 피고
2) “토지”와 같은 의미임.
3) 원고

는 것에 의하여 명백하다. 그런데 원판결은 만연히 모인이 아니다 운운이라고 판정한 것은, 불법하게 사실을 인정하고 또한 이유를 붙이지 아니한 불법한 판결이다. 가령 형사상의 제재가 없다고 하여도, 타인의 소유지에 대하여 자신의 소유와 같이 가장하여 입지완문을 받아도 사실상 아무런 권리가 발생하지 아니하고, 이것은 어느 누구도 이의가 없는 바이다. 그런데 본건에서는, 원판결은 소유자 이성춘의 승낙이 있는 것으로 인정된 것에 관하여, 제3 쟁점과 같이 가령 승낙이 있다고 하여 이를 고려한다면, 본건 원판결이 인정한 막연한 승낙 운운의 정도로는 이성춘이 소유권을 상실하지 아니하는 것도, 역시 이제린이 소유권을 취득하는 것이 아닌 것도 실로 명백한 바이다. 그런데 원판결은 "그러한 승낙은 일종의 신탁행위로서 적어도 제3자에 대한 관계에서는 소유권이전의 효과가 발생하는 것이므로 …"이라고 하지만, 그러한 승낙은 사실의 인정인지 또한 법규의 적용인지 상고인이 매우 의문시하는 바이다. 본건에서 이성춘의 소유권이 이제린에게 이전되었다는 사실의 인정이라면, 그와 같이 인정한 사실관계와 이유를 명시하여야 한다. 또한 막연한 승낙이 당시 구한국의 법규상 제3자에 대한 관계에서 소유권이전의 효과가 발생하는 것이라면, 어떠한 법규에 그러한 규정이 있는지 또는 관습상 그러한 것인지 그 이유를 명시하여야 한다. 이것은 즉 상고인이 원심에 대하여 관습의 감정을 신청한 이유임에도, 원심은 이를 배척하고 게다가 완전한 설명을 하지 아니한 것은 이 역시 불법하게 사실을 확정하고 이유를 붙이지 아니한 불법한 판결이다. 4. 소유자 이성춘이 이제린을 위하여 전당으로 제공하는 것을 승낙한 경우에는, 그 사실을 명시하여 당해 물건에 이제린이 부담한 의무를 담당하여 완제하여야 할 책임이 있고, 그 이외에 이성춘은 아무런 의무를 갖지 아니하고 또한 소유권을 상실하지 아니한다. 이것은 구한국 법규 및 관습상 시인하는 바이고 보통의 조리이다. 본건의 사실관계와 같은 것은 원판결 중 막연히 이성춘의 승낙이 있는 것으로 인정한 이외에, 승낙의 사실관계에 관하여는 아무런 명시가 없다. 그렇다면 원판결은 이것 역시 불법하게 사실을 인정하고 이유를 붙이지 아니한 불법한 판결이다.

살피건대, 원심은 인천부 다소면 송림동 후재(後在)(동쪽은 평창 이

씨의 산, 서쪽은 오십팔(五十八, 이소하찌)은행의 답, 남쪽은 송림동 후소로(後小路), 북쪽은 미농곡(美濃谷, 미노야)농원에 접하고 이에 포위됨) 78,000여 평의 산판은, 전주 이씨 일족 이이태의 종손 이성춘의 소유였지만, 그 동족 이인제가 같은 사람의 승낙을 얻어 신탁관계 하에 자기명의로 인천군수에게 청원하여 입지완문의 하부를 받고, 1904년 5월 30일 경성기업회사로부터 금 8,000원을 차입함에 있어서, 당해 토지 전부에 대하여 전당권을 설정하고 그 후 1905년 5월 그 원리금을 지급하여 전당권을 소멸시킨 다음, 당해 토지 전부를 소유자 이성춘이 무천성차(武川盛次, 다케가와) 외 2인에게 매도한 것, 피상고인이 1907년 4월 3일 당해 토지 중 같은 사람 등으로부터 매수한 어떤 지역 내에 본건 계쟁지를 포함하는 것 및 이에 앞서 본건 계쟁지를 포함하려면 18,513㎡의 지역을 그 소유자 이성춘이 안중기로부터 금 2,000원을 차입함에 있어 전당으로 제공한 것을, 당사자 간에 다툼이 없는 판결문 기재의 사실 및 증거를 종합하여 인정하였다. 따라서 원심은 본건 계쟁지는 적어도 경성기업회사와 안중기에 대하여 2중으로 전당으로 제공된 것임을 간취할 수 있다고 하고, 양자의 효력의 소장(消長)을 판정하기 위하여 안중기에 대한 전당권설정은 상고인 주장과 같이 1903년 6월 중이라고 하면, 시기는 마치 위 회사의 전당권의 효력 존속 중에 해당되고, 게다가 당시의 법률에서 전당권의 이중설정을 허용하지 아니하므로 안중기의 전당권은 물론 이에 부대한 유전당의 특약도 모두 무효이고, 전당권의 설정이 없게 되는 것이 일반이므로 그 후 변제에 의하여 회사의 전당권 소멸되었다고 하지만 무효가 된다. 안중기의 전당권이 효력이 발생하지 아니함으로써, 안중기가 유전당에 의하여 소유권을 취득할 수 없고 따라서 안중기가 이를 죽전율삼평(竹田津三平, 다케다)에게 매도하고 죽전율삼평(竹田津三平, 다케다)이 다시 이를 상고인에게 매도하였다고 하지만, 그 간에 소유권이전의 효력이 발생하지 아니함은 두말할 필요가 없다고 설시하였다. 나아가 원심은 이제린의 명의로 입지완문을 받은 것에 관하여 소유자 이성춘의 승낙이 있는 이상은, 일종의 신탁행위로서 적어도 제3자관계에서 소유권이전의 효과가 발생하므로 운운의 설시에 더하여, 이제린의 전당권설정행위에 관하여도 소유자 이성춘의 승낙이 있었음을 인정하고, 이제린

과 이성춘과의 사이에 있어서의 관계를 한층 명확하게 함으로써 상고인의 원심에서의 주장을 배척하였으며, 계쟁지는 피상고인의 소유에 속한다고 하여 그 청구를 인용하였다. 따라서 이에 상고이유의 당부를 보건대, (1) 이제린이 자신의 명의로 상기 토지에 대한 입지완문을 받음에 있어서 당해 토지 소유자 이성춘의 승낙을 얻은 사실 및 이제린이 당해 토지에 대하여 자기 소유명의 하에 경성기업회사를 위하여 전당권을 설정함에 있어서 당해 토지 소유자 이성춘의 승낙을 얻은 사실은, 원판결문 인용의 증거에 의하여 인정할 수 있으므로, 원심이 그 증거에 의하여 그 사실을 인정함으로써 이제린이 모인행위를 한 것이라는 상고인의 주장을 배척한 것은 상당하고 조금도 불법하게 사실을 인정하거나 이유를 붙이지 아니한 불법이 없고, 논지 (1)은 원심의 직권에 속하는 증거의 취사 및 사실의 인정을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다. (2), (3) 이제린이 당해 토지 소유자 이성춘의 승낙을 얻어 자기명의로 당해 토지에 대한 입지완문을 받은 원심 인정의 행위는 일종의 신탁행위이고, 신탁자와 수탁자와의 내부관계에서는 소유권이전의 효과가 발생하지 아니하지만, 제3자에 대한 외부관계에서는 표면상의 소유자는 진정한 소유자로 보아야 하고, 그와 같은 신탁행위는 조선민사령 시행 전이라 하여도 조리에 기한 법칙으로서 조선에서 행하여져 온 것임은, 당원이 이미 판례(대정2년민상제139호, 1913년 9월 9일 판결)로서 시인하는 바이므로, 상대방과 통하여 한 허위의 의사표시에 기하여 타인소유의 토지에 대한 입지완문을 받은 행위와는 그 효과를 달리하고, 허위의 의사표시의 경우에는 소론과 같이 무효이지만 신탁행위는 유효이다. 또한 원심은 상기(1)에 설시한 것과 같이 이제린이 자신의 명의로 상기 토지에 대한 입지완문을 받음에 있어서, 당해 토지 소유자 이성춘의 승낙을 얻은 사실 및 이제린이 당해 토지에 대하여 자기 소유명의 하에 경성기업회사를 위하여 전당권을 설정함에 있어서, 당해 토지 소유자 이성춘의 승낙을 얻은 사실을 인정한 것이고, 원심이 인정한 이성춘의 승낙의 범위는 명백하다. 또한 원판결의 이유 중 "그러한 승낙은 일종의 신탁행위로서 적어도 제3자에 대한 관계에서는 소유권이전의 효과가 발생하는 것이므로 …"이라고 되어 있는데, 앞의 설명과 같이 신탁행위에 관하여 조리에 기한 법칙의

적용을 제시한 것이고, 그 이유에서 결여된 바가 없다. 또한 신탁행위가 조선민사령 시행 전이라 하여도 조리에 기한 법칙으로서 조선에서 행하여져 온 것이 앞의 설명과 같다면, 감정을 기다리지 아니하고 명료하므로 원심이 상고인의 그 점에 관한 감정의 신청을 각하하였다고 하여도, 그것은 원심의 직권에 속하는 증거조사의 한도를 정한 것에 해당하므로 불법이라고 말할 수 없다. 따라서 원심에서는 소론과 같이 불법하게 사실을 확정하거나 이유를 붙이지 아니한 불법이 없다. 요컨대 논지 (2), (3)은 원심에서 인정한 이외의 사실에 기하여 원판결을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다. 그리고 논지의 (4)가 이유가 없음은 상기 (1), (2), (3)에서 설시한 바에 의하여 이를 이해할 수 있다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 중 "전당권은 입지완문에 표시된 토지 그 자체에 설정된 입지완문은 하나의 증명의 도구임에 불과하다면, 입지완문이 무효 또는 무의미한 이유로 소유자 승낙 하에 적법하게 토지에 설정된 전당권을 무효라고 결정할 수 없다"고 한다. 그러나 제1점 소론과 같이 토지는 이성춘의 소유이고 그 소유자가 전당으로 제공하는 것을 승낙하면, 그 승낙의 범위에서 당해 물건에 책임을 부담하여야 함은 물론이지만, 전당권 설정의 방법으로서 필요한 입지완문이 무효라고 하면 당해 전당은 완전하게 설정된 것이 아니므로, 원판결은 이유불비를 면할 수 없는 불법한 판결이다.

살피건대, <u>전당권의 설정계약이 무효인 경우에 있어서는 이에 기한 전당권도 역시 무효라고 하여도, 단지 토지소유의 증명방법에 불과한 입지완문이 무효 또는 무의미한 것이지만 이로써 토지 소유자 승낙 하에 적법하게 설정된 전당권의 무효를 야기하는 것이 아님은 두말할 필요가 없는 바이다.</u> 따라서 논지 기재의 원판결문 설시는 상당하고 아무런 이유의 불비가 없다. 뿐만 아니라 원심의 위의 설시는 이제린이 받은 입지완문이 무효 또는 무의미한 것이라고 가정한다고 하여도, 전당권이 유효임을 설명한 것이고 원심은 이제린이 받은 입지완문이 유효임을 인정한 것은 상고이유 제1점에서 설시한 것과 같으므로, 가정에 기한 위의 설시를 비난하는 논지는 상고이유가 되지 아니한다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

상고인은 경성기업회사의 전당권의 무효를 논함과 동시에, 가령 적법하게 전당권이 설정되었다고 하여도 원판결이 인정하는 것과 같이 당해 전당권은 1905년 5월 채무변제에 의하여 소멸된 것이다. 그리고 피상고인은 그 후 새로운 법률행위에 의하여 이성춘으로부터 직접 권리를 취득한 것이지만, 상고인은 1904년 6월 중에 이성춘으로부터 직접 안중기에게 전당권을 설정하고 당해 전당권의 유질의 결과 소유권을 취득한 것을 논쟁하는 것이다. 따라서 경성기업회사의 전당권설정이 1904년 5월 중이라고 하지만 변제에 의하여 소멸된 것이므로, 결국 안중기의 취득원인인 1904년 6월 중의 전당권으로 권리취득의 원인으로 하여야 한다. 이 점은 상고인이 극력 논쟁하는 바임에도 불구하고, 원판결은 "시기가 마치 경성기업회사의 전당권의 효력 존속 중에 의하여, 게다가 당시의 법률에 있어서는 일단 전당으로 한 것에 관하여 중복하여 전당권의 설정을 허용하지 아니한다 …"이라고 설명하였다. 그러나 동일 지상에 2개 이상의 전당권이 존재하는 경우에 있어서, 어느 것이 효력이 있는가를 결정함에 있어 일부(日附)가 빨리 설정된 것을 유효로 하는 것에 불과하다. 따라서 2개 이상의 전당권이 존재하여도 그 일시가 빠른 것이 변제에 의하여 소멸한 때에는, 차순위로 존재하는 전당권이 유효가 됨은 조금도 의문이 없는 바이다. 그런데 원판결은 이를 무효라고 단정한 것은 법규의 적용을 그르친 불법한 판결이다.

살피건대, 본건 계쟁지에 대하여 전당권이 이중으로 설정되었다는 원심 인정의 사실관계 및 전자의 전당권 존속 중에 설정된 후자의 전당권을 무효라고 한 원심 설시의 요지는, 상고이유 제1점에서 기재한 바와 같다. 그리고 <u>구 형법대전 실시 당시에 있어서는 조선인이 일단 전당으로 제공한 토지가옥을 그 전당권 존속중에 다시 타인을 위하여 전당으로 제공한 때에는, 같은 법 제636조에 위배되고 그 전당의 법률상 무효임은 당원이 판례(명치44년민상제133호, 1911년 8월 21일 판결)로 하는 바이고, 본건의 전당권설정은 1904년 중의 일이므로 같은 법 시행 1년 전의 행위라고 하여도 위 법의는 그 당시 시행의 구한국 법전에서도 이미 채용되어 있는 것이며,</u> 전자의 전당권 존속중 설정된 후자의 전당권은 법률상 무효이므로, 전자의 전당권이 후일 변제에 의

하여 소멸된다고 하여도 무효인 후자의 전당권이 그 효력이 발생하는 것이 아님은 명백하다. 따라서 원심이 “시기 마치 경성기업회사의 전당권 효력 존속 중에 관계되고 게다가 당시의 법률에서는 일단 전당으로 한 것에 관하여 중복하여 전당권의 설정을 허용하지 아니한다. …”의 설시를 하여 안중기의 전당권을 무효로 판정한 것은 상당하고 법규의 적용을 그르친 불법이 있는 것이 아니므로, 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

상고인은 계쟁지에 대하여 소유권취득 이래 완전하게 이를 소유하고, 즉 안전하게 점유하여 수익함을 주장하고 있음에도 불구하고, 원판결은 이러한 점에 대하여 판단을 하지 아니하였고 또한 이유를 붙이지 아니한 불법이 있다.

살피건대, 원판결 사실적시에 의하면, 상고인은 1909년 2월 중 계쟁지를 매수하고 그 후 완전하게 이를 소유하고 점유하여 왔음을 주장하고, 피상고인은 1907년 4월 3일 계쟁지를 매수하고 그 후 확실하게 이를 점유하고 현재에 이르고 있음을 주장한 것이므로, 과연 그 어느 쪽이 그 점유를 하는지는 쟁점의 하나임이 명백하다. 그러나 본건 소송의 목적은 소유권의 확인 및 보존등기의 말소를 구하는 것이고, 인도는 그 목적이 아닐 뿐만 아니라, 원심은 상고이유 제1점에서 기재한 것과 같이 소유권이전의 사실관계에 기하여 피상고인의 소유로 귀속됨을 판정하였다. 따라서 양자 어느 쪽이 그 점유를 하는지와 같은 것은 판단의 필요가 없음이 명백하므로, 원심이 그 점에 관하여 판시를 하지 아니하여도 이로써 불법하다고 말할 수 없고 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

상고인은 원심심리 중 사실보충신청으로서(1916년 1월 27일), 가령 이제린이 자기명의로 1904년 5월 중 경성기업회사에게 전당으로 제공한 사실이 적법한 효력이 있다고 하지만, 1905년 6월 중 이성춘이 고야주삼랑(高野周三郎, 다까노) 외 2인으로부터 다시 매도명의로 금원을 차입하고 기업회사에게 변제를 한 것이다. 따라서 당해 전당의 효력은 이미 소멸한 것이므로 계쟁 지소가 이중으로 전당 또는 매매되

었다고 하지만, 상고인의 전자 안중기가 전당으로 취득한 1904년 6월 중과 이성춘으로부터 피상고인의 전자 고야주삼랑(高野周三郞, 다까노) 외 2인에게 매도명의로 차입한 1905년 6월 중과의 관계에서, 안중기의 권리취득이 앞서고 고야주삼랑(高野周三郞, 다까노) 등의 권리취득이 늦은 사실 및 증거를 들어 그 효력에 관하여 상고인의 전자 안중기의 권리는 효력이 있지만, 피상고인의 전자 고야주삼랑(高野周三郞, 다까노) 등의 권리는 효력이 없음을 구한국 당시의 법규에 비추어 극력 논쟁하였음에도, 원판결에서는 이 쟁점에 대하여 전혀 판단을 유탈하고 조금도 이유를 붙이지 아니함은, 쟁점에 대하여 판결을 하지 아니하고 이유를 붙이지 아니한 불법이 있다.

살피건대, 원심이 경성기업회사의 계쟁지에 대한 전당권의 효력 존속 중에 설정된 안중기의 계쟁지에 대한 전당권이 무효인 점 및 전자의 전당권이 그 변제에 의하여 소멸된 것이지만 무효인 후자의 전당권이 그 효력이 발생하는 것이 아님을 판정한 사실관계 및 그 이유는 상고이유 제1점의 모두에서 기재한 바이고 또한 그 이유가 상당함은 같은 제1점 내지 제3점에서 이미 설명한 바이다. 그리고 상고인의 원심에서의 주장은, 1904년 6월 설정된 안중기의 전당권에 부대한 유질계약에 의하여 1905년 6월 같은 사람이 그 소유권을 취득하고, 같은 사람은 1907년 7월 이를 죽전율삼평(竹田津三平, 다케다)에게 매도하였으며, 1909년 2월 상고인이 같은 사람으로부터 이를 매수한 것이라는 점이다. 따라서 안중기의 무효인 유전당에 기한 것이므로, 안중기는 물론 죽전율삼평(竹田律三平, 다케다) 및 상고인이 그 소유권을 전전 취득할 수 없다. 다른 한편으로 토지소유자 이성춘은 경성기업회사에 변제를 하고 같은 회사에 대한 전당권을 소멸시킨 다음, 1905년 5월 이를 피상고인의 전주 고야주삼랑(高野周三郞, 다까노), 무천성차(武川盛次, 다케가와) 외 1인에게 매도한 것이므로, 그 행위는 적법하고 소유권이전의 효력이 발생한다는 것이 명백하다. 그리고 원판결에서는 그 취지를 설시하고 있으므로, 그 이상 논지와 같은 사항을 판단할 필요가 없음은 두말할 필요가 없고 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

동일 지소를 이중으로 전당 또는 매매한 경우에 있어서 그 일부의

전후에 의하여 효력의 유무를 결정하여야 하는 경우에는, 당해 사안이 재판상 문제가 되는 경우에 있어서 당시의 법규에 비추어 이를 처리하여야 한다. 그러나 본건의 경우와 같이 전당 또는 매매의 효력에 관하여 당시 아무런 논쟁이 없이 그 일방이 이미 취소되어 소멸한 경우, 게다가 10여 년이 경과된 현재에 이르러 그 당시로 소급하여 이미 소멸한 것과 현존하는 것을 대조하여 효력의 유무를 결정하는 것은, 부당하게 법률을 적용한 불법한 판결이다.

살피건대, 동일 지소를 이중으로 전당 또는 매매한 경우에 있어서 그 행위 당시의 법규에 비추어 그 효력의 유무를 판단하여야 함은, 아직 그 당시 재판상의 문제가 된 경우뿐만 아니라, 그 후 많은 기간이 경과되고 게다가 전자의 전당권이 그 변제에 의하여 소멸한 후에 재판상 문제된 경우라 하여도 역시 그러하므로, 원심이 경성기업 회사의 전당권은 1904년 5월 20일 설정되고 1905년 5월 변제에 의하여 소멸하였지만, 안중기의 전당권설정은 상고인 주장과 같이 1904년 6월 중이라고 하면 전자의 전당권의 효력 존속중에 관계되므로, 후자의 전당권은 그 당시의 구한국 법규에 비추어 무효임을 그 설정 후 10여 년이 경과한 후 재판상 문제가 된 본건에 관하여 판정한 것은 실로 상당하다. 나아가 그 당시 구한국 법규에서는 전당권의 이중설정을 허용하지 아니한 점은 상고이유 제3점에서의 설시와 같으므로, 조금도 부당하게 법률을 적용한 불법이 없으므로 논지는 그 이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

130 약속어음금청구에 관한 건
〔대정5년민상제208호 1916년 11월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 양수기가 갑의 수리공사의 현장에 설치되어 수리사업에 이용되는 것인 경우에 있어서 갑 스스로 그 기초공사를 담임한 때에는, 같은 양수기 인도의 의무가 있는 을이 갑에게 인도한 당시 아직 그 기초공사가 완성되지 아니한 이상, 가령 을이 그 인도기간을 지연하였다고 하여도 을은 당해 양수기의 사용지연에 의하여 발생한 손해를 배상할 책임을 지지 아니한다.

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김정국
【피상고인】 합명회사 범다(範多, 한다)상회
법률상대리인 사원 범다용태랑(範多龍太郞, 한다)

위 당사자 간의 약속어음금 청구사건에 관하여 1916년 7월 25일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은, 상고인[1]의 주장에 관계된 피상고인[2]은 양수기의 인도를 지연하고 또한 설치공사를 지연하였다는 사실을 인정하면서, 일면에서 그 당시 상고인의 부담에 속하는 기초공사가 아직 완성되지 아니한 사실을 인정하고, 피상고인이 계약기간 내에 양수기를 인도하였다고 하지만 기초공사 완성에 이르기까지는 도저히 설치할 수 없음은 당연

---

1) 피고
2) 원고

하므로, 손해를 입었다면 그 원인은 양수기 인도의 지연이 아니라 기초공사의 지연에 있다고 말하여야 한다. … 이라고 설명하고, 상고인의 상계항변을 배척하였다. 그러나 기초공사만 완성되어도 양수기의 인도를 받지 아니하면 이를 설치할 수 없음은 역시 당연한 것이므로, 기초공사의 지연은 양수기 인도의 지연에 의한 것이라고 말할 수 없는 것도 아니다. 요컨대, 그와 같이 양수기 인도의 지연 및 기초공사의 지연에 의하여 손해를 발생시킨 때에는, 손해액을 산정함에 있어 참작하는 것은 별개로 하고, 피상고인에게 전혀 배상의 책임이 없다고 말할 수 없다고 믿는다. 원판결은 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 본건 양수기[喞筒(즐통) 2대]는 평안북도 용천군 양서면인 상고인의 수리공사의 현장에 설치되어 수리사업에 이용되어야 하는 것임은 원판결문 상 명백하다. 그렇다면 본건 양수기는 이를 그 현장에 설치하여야 비로소 그 효용이 발생하는 것이고, 그 인도지연 때문에 나아가 설치공사의 지연이 초래된 것과 같은 경우에는 원래 상고인에게 손해배상청구의 권리가 발생한다고 하여도, 만일 상고인의 귀책사유가 없어 그 설치공사를 할 수 없을 때에는 그 이행기에 인도하거나 그 기일에 지체하여 인도하는 것을 묻지 아니하고, 그 설치불능인 사이에는 양수기는 효용을 발휘할 수 없으므로, 이와 같은 경우에는 양수기의 사용불능으로 발생하는 손해는, 원래 그 설치를 불가능하게 한 상고인의 행위에 의하여 발생한 것이라고 하여야 한다. 그리고 원심은 증인 가등영(加藤榮, 가또), 대석구(大石久, 오오이시)의 증언에 의하여 피상고 회사가 본건 양수기를 상고인에게 인도한 당시에는, 이를 설치하여야 할 기초공사가 아직 완성되지 아니한 사실을 또한 상고인대리인이 인정한 바라고 하여 같은 기초공사는 상고인의 부담에 속하는 사실을 인정한 것이므로, 가령 피상고 회사가 양수기의 인도를 지연하였다고 하지만, 그 인도당시에는 아직 이를 설치할 기초공사가 완성되지 아니하여 그 설치를 할 수 없으므로, 그 인도의 지연은 설치공사의 지연의 원인이 아님은 명백하고, 그 설치를 할 수 없음은 상고인의 부담인 기초공사의 지연에 연유하는 것이므로, 본건 상고인 주장과 같은 양수기의 사용불능으로부터 발생한 손해는 양수기 인도지연에 의하여 발생한 것이 아니고, 그 설치를 지연시킨 상고인의 기초공

사 지연의 결과라고 말하여야 하며, 따라서 양수기인도 지연을 사유로 하여 피상고 회사에게 그 손해를 배상시킬 수 없음은 물론이므로, 원심이 같은 취지의 이유에 의하여 피상고 회사에게 그 손해배상의 책임이 없다는 취지를 설시하고, 상고인의 본소 상계의 항변을 배척한 것은 상당하며 아무런 그 이유에 결하는 바가 없다. 그리고 원심은 본건 양수기의 인도 지연과 기초공사의 지연이 맞물려 본건 상고인의 손해가 발생된다고 인정한 것이 아님은 물론, 양수기의 설치는 기초공사가 완성되고 비로소 할 수 있는 것이지만, 기초공사 자체는 양수기의 인도와 관계없이 독립하여 이를 수행할 수 있으므로, 양수기인도의 지연은 당연히 기초공사지연의 원인이 되는 것이 아니다. 따라서 기초공사의 지연에 의하여 발생한 손해는 반드시 그 인도지연에 의하여 발생한 손해라고 말할 수 없으므로, 피상고 회사가 양수기의 인도를 지연하였다고 하여도 그 인도지연에 원인이 있는 것이 아니다. 오로지 기초공사의 지연에 의하여 발생한 손해에 관하여 그 수액을 참작하여 피상고 회사에게 배상의 책임을 부담시킬 수 없으므로, 본 논지는 상고이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

131 계약이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제229호 1916년 11월 24일 판결〕

【판결요지】

1. 법률행위의 요소의 착오는 의사표시의 내용에 존재함을 요하는 것이고, 의사표시의 내용이라는 것은 표의자의 의사에 따라 이를 정하여야 하며, 만일 표의자가 어느 사항으로 의사표시의 내용으로 할 의사임이 명백하고 또한 이를 내용으로 한 것이 합리적인 경우에는, 그

착오는 요소의 착오라고 말할 수 있다(상고이유 제3점).

1. 민법 제95조에 규정하는 법률행위의 요소의 착오 중에는 사실상의 착오이거나 법률상의 착오이거나를 묻지 아니하고 모두 이를 포함하는 법의이다(상고이유 제4점).

[참 조] 의사표시는 법률행위의 요소에 착오가 있을 때에는 무효로 한다. 단, 표의자에게 중대한 과실이 있을 때에는 표의자 스스로 그 무효를 주장할 수 없다(민법 제95조).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 김상필
소송대리인 홍재기 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미)
【피상고인】 이태희

위 당사자 간의 계약이행 청구사건에 관하여 1916년 7월 24일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 “항소인 원용의 증인 김응섭, 김치은, 김헌은 갑 제1호증의 내용 또는 작성의 사정을 모른다고 진술하고 …”이라고 설명하고, 그 부지의 진술로 화해의 불성립을 판정할 자료로 이용하였지만, 위 증인 등의 각 신문조서를 보면 증인 등은 갑 제1호증의 내용 또는 작성의 사정을 상세하게 진술하고 있으므로, 원판결은 법률에 위배하여 사실을 확정한 것이고 이 점에서 파기를 면할 수 없다.

살피건대, 증인 김응섭의 신문조서에 증인은 계약서의 작성에 관하

여는 이전부터 그 일에 관여하지 아니하였으므로 사실의 내용을 자세히 알지 못하고, 또한 계약서의 취지는 운운의 취지라는 것이 되지만 그 내용에 관하여는 자세한 것은 모른다는 취지의 기재가 있다. 증인 김치은의 신문조서에 갑 제1호증에는 증인은 날인하였지만 누군가 구술하여 집필자에게 작성시킨 것인지, 또한 그 내용은 어떠한 것인지 모른다는 취지의 기재가 있다. 증인 김헌의 신문조서에는 증인은 계약서가 어떠한 사정에 기하여 작성되게 되었는지 잘 모르므로 계약서의 의미도 자세한 것은 모른다는 기재가 있다. 요컨대, 증인 김응섭, 같은 김치은의 진술은 갑 제1호증의 내용을 모른다는 취지이고, 증인 김헌의 진술은 갑 제1호증 작성의 사정도 그 내용도 모두 모른다는 취지이므로, 원심은 위 증인 등의 진술을 각각 별개로 적시할 번잡함을 피하여 이를 개괄하여, 위 증인 등은 갑 제1호증의 내용 또는 작성의 사정을 모른다고 진술하였다고 적시한 것으로 해석할 수 있다. 따라서 부당하게 사실을 확정한 것이라고 말할 수 없다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결에서 갑 제1호증의 계약은 항소인[1] 및 피항소인[2] 간의 분쟁을 해결하기 위하여 체결된 것임은 이를 인정하였지만, 같은 호증의 약정은 항소인도 다소의 양보를 하여 성립한 것이 아니고 항소인의 당초부터의 요구에 따라 피항소인이 전부 이를 승인한 취지로 성립된 것임에 그치고, 이로써 화해계약이 성립한 것이 아니라고 인정하였다. 그러나 원판결이 원용한 제1심에서의 당사자의 주장사실에 의하면, 원고는 “1910년 중 피고는 원고 소유의 망풍장(望風庄), 남일리장(南一里庄) 및 중흥장(中興庄) 소재의 토지를 원고의 대리인 원응규로부터 매수하였다고 사칭하고, 이를 다시 소외 한치권 외 수명에게 전매하고 원고로부터 그 점유수익을 침탈함으로서, 원고는 피고에 대하여 그 불법을 추궁하자 피고는 크게 사죄하고 1911년 음력 11월 18일 원고에 대하여 앞서 한 매매계약을 무효로 하고, 또한 1910년 및 1911년의 당해 지소[3]의 수확물은 매수액의 5분의 1을 각 그 당시의 시가

1) 원고, 상고인
2) 피고, 피상고인
3) 지소(地所)는 토지를 의미함.

로 환산하여 피고가 지급하여야 할 취지의 계약을 함으로서, 상호 타협하였다 …"이라고 진술하였다. 피고는 "1910년 4월 중 원고의 대리인인 원응규로부터 원고 주장의 지소를 매수하고 이를 다시 소외 한치권 외 수명에게 전매한 것 및 1911년 음력 11월 18일 원고의 요구에 의하여 원고와의 토지매매계약을 무효로 하고 이를 환퇴(還退)함과 동시에, 1910년, 1911년의 위 지소의 수확물을 반환하여야 한다는 취지의 계약서에 날인한 것은 틀림없다 …"이라고 진술하였다. 또한 원판결의 사실적시에 의하면, 피항소인은 "갑 제1호증의 계약을 함에 있어서는 항소인이 협박조로 고소한다고 말하고, 또한 사술을 써서 대리권을 갖지 아니하는 원응규와 항소인 소유의 토지의 매매를 하여 이를 달리 전매한 피항소인의 행위는 불법행위이고, 그 배상의 의무가 있다고 칭하며, 피항소인은 법률에 통하지 아니한 결과 이에 응하여야 할 의무가 있다고 오신하여 그 이행을 위하여 갑 제1호증과 같은 계약을 한 것이므로, 당해 계약은 무효이다 …"이라고 진술하였다. 이러한 진술로 갑 제1호증의 계약은 항소인과 피항소인 간의 분쟁을 해결하기 위하여 체결된 것이라고 하는 원판결의 인정과 대조하면, 상고인의 당초의 요구는 원응규의 대리방매(放賣)를 부인하고 전부의 토지 및 수확물의 환퇴를 구하며, 그 요구에 응하지 아니할 때에는 고소를 한다는 것을 알렸지만, 상호 타협의 결과 갑 제1호증 계약의 체결을 보기에 이른 것이다. 이에 의하여 상고인은 중흥장(中興庄) 및 남일리장(南一里庄)의 토지에 관하여는 즉시 환퇴를 유예하고, 다음해 봄까지 대지(代地)를 받아야 하는 장주장(庄珠庄)의 토지에 관하여는 환퇴를 포기하고 새로이 경술(1910년) 5월 3일부로 피상고인에게 매각한 것으로 협정하였다. 그리고 고소권을 포기한 것으로 상고인 측에 있어서 이상의 양보의 사실의 원판결의 설명 및 갑 제1호증의 기재 자체에 있어서 실로 명백함에도 불구하고, 원판결이 갑 제1호증 작성시에 항소인 측에서 다소의 양보가 없었다는 이유에 의하여 화해계약의 불성립을 인정한 것은 법률에 위배하여 중요한 사실을 유탈한 것이고, 이 점에서 파기를 면할 수 없다.

살피건대, 소론 "상고인은 원응규의 대리방매(放賣)를 부인하고 전부의 토지 및 수확의 환퇴를 구하며, 그 요구에 응하지 아니할 때에

는 고소를 한다는 것을 알렸지만, 상호 타협의 결과 상고인은 중흥장(中興庄) 및 남일리장(南一里庄)의 토지에 관하여는 즉시 환퇴를 유예하고, 다음 해 봄까지 대지(代地)를 받아야 하는 장주장(庄珠庄)의 토지에 관하여는 환퇴를 포기하고 새로이 경무(庚戊) 5월 3일부로 피상고인에게 매각한 것으로 협정함으로서 고소권을 포기한 것이 된다"라는 사실에 관하여는, 원심구술변론조서를 보건대, 원심에서 상고인이 본소 청구의 원인으로서 주장한 사실은 "원고(상고인)는 피고(피상고인)에 대하여 그 불법을 추궁하자 피고는 크게 사죄하고 1911년 음력 11월 18일에 원고에 대하여 앞서 한 매매계약을 무효로 하며, 또한 1910년 및 1911년의 수확물은 매수액의 5분의 1을 각 그 당시의 시가로 환산하여 피고에게 지급한다는 취지의 계약을 함으로서, 상호 타협되었다"는 사실에 불과하므로, 이에 의하여는 소론의 주장을 하였다고 말할 수 없다. 뿐만 아니라 갑 제1호증에 관하여 상고인이 진술하는 바는, 원심 제2회 구술변론조서에 "갑 제1호증으로 본소 계약의 사실을 입증하고"라고 되어 있고, 제3회 구술변론조서에 "본소는 … 갑 제1호증의 계약 및 1912년 4월 중의 구두계약을 청구원인으로 하는 것이고, 그 계약을 체결하기에 이른 것은 피항소인(피상고인)이 당초 소외 원응규로부터 망풍장(望風庄), 남일리장(南一里庄) 및 중흥장 소재 토지를 매수함에 있어서 … 불법행위이므로, 항소인(상고인)에 대하여 이에 의하여 발생한 손해를 배상할 취지로 수확물의 대금을 지급하여야 할 계약을 함에 이른 것이다"라고 되어 있음에 불과하다. 따라서 역시 상고인이 소론의 주장을 한 것이라고 말할 수 없다. 또한 갑 제1호증을 보건대, 그 기재 자체에 의하여는 바로 소론과 같이 상고인 주장의 권리를 포기하여 성립한 것이고 양보의 사실이 명백하다고 말할 수 없다. 뿐만 아니라 원심은 갑 제1호증 제3항에는 피항소인의 권리를 인정한 약관이 있지만, 같은 약관에는 항소인의 원매(願買) 운운의 문자가 있고, 그 밖에 증인의 증언 등과 종합하여 상고인 주장의 권리를 포기하여 성립한 것이 아니라는 취지를 설시하고 있다. 그렇다면 가령 피상고인이 "항소인이 협박조로 고소한다고 말하고 또한 사술을 써서 대리권을 갖지 아니한 원응규와 항소인 소유의 토지의 매매를 하고, 이를 달리 전매한 피항소인의 행위는 불법

행위이고 배상의 의무가 있다고 칭하고 … 갑 제1호증과 같은 계약을 한 것이지만 …"이라는 진술을 하였다고 하지만, 이 진술이 있기 때문에 상고인이 소론의 주장을 한 것으로 인정할 수 없음은 물론, 당사자 간의 분쟁을 해결하기 위하여 체결된 계약은 항상 반드시 화해계약이라고 인정하여야 하는 것이 아니므로, 원심이 갑 제1호증의 계약은 본건 당사자 간의 분쟁을 해결하기 위하여 체결된 것이라는 취지의 판시를 하였다고 하여, 이로써 원심은 상고인 소론의 주장을 하였음을 인정한 것이라고 말할 수 없다. 그 밖에 원판결 이유의 설시를 보건대, 소론의 상고인 양보의 사실을 인정한 취지가 조금도 존재하지 아니하고, 따라서 원판결 이유에 "갑 제1호증의 약정은 항소인도 다소 양보를 하여 성립한 것이 아니고 항소인의 당초부터의 요구에 따라 피항소인이 전부 이를 승인한 취지로 성립한 것에 그친다 …"이라고 설시한 것은 상당하다. 요컨대, 본 논지는 상고인이 원심에서 주장하지 아니한 사실을 마치 주장한 것과 같이 논하고, 원심이 인정하지 아니한 사실을 마치 인정한 것과 같이 논함으로써 원판결을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 "피항소인은 갑 제1호증의 조항은 항소인이 위와 같은 사이의 사실에 관하여 피항소인에게 불법행위가 있다고 칭하고, 협박조로 배상의 요구를 할 때에 피항소인이 법률을 모르는 결과 배상의 의무가 있다고 오신하여 그 이행을 약속한 것으로, 요소의 착오에 의한 무효인 행위이므로 이행의 의무가 없다"는 항변에 기하여, "같은 조항의 약관은 전적으로 피항소인 항변과 같이 같은 사람이 배상의 의무가 없음에도 있다고 오신하여 그 이행을 약속한 것이라고 인정하고 …, 위 피항소인의 행위는 요소의 착오에 의하여 무효임은 명백하다"고 판정하였다. 그러나 가령 위 피항소인 항변 그대로라고 하여도 피항소인은 갑 제1호증 계약의 내용에 관하여 착오를 주장한 것이 아니고, 당해 계약을 체결하기에 이른 연유에서 법률상의 오신이 있음을 주장함에 불과하므로, 피상고인에게 착오가 있다고 하면 그것은 계약의 요소에 존재하는 것이 아닌 그 연유에 존재하는 것이므로 계약의 무효를 야기하는 것이 아니다. 따라서 원판결이 갑 제1호증의 계약을

무효로 판정한 것은 착오에 관한 법률의 적용을 그르친 위법이 있다.

살피건대, 법률행위의 요소의 착오는 의사표시의 내용에 존재함을 요하는 것이고, 의사표시의 내용이라는 것은 표의자의 의사에 따라 이를 정하여야 하며, 만일 표의자가 어느 사항으로 의사표시의 내용으로 할 의사임이 명백하고 또한 이를 내용으로 한 것이 합리적인 경우에는, 그 착오는 요소의 착오라고 말할 수 있다. 본건에 관하여 원심구술변론조서를 보건대, 피항소인의 진술로서 “피항소인이 갑 제1호증의 계약을 하기에 이른 것은 항소인으로부터 대리권을 갖지 아니하는 원응규로부터 피항소인이 항소인 소유의 토지를 매수하고 다시 이를 달리 전매한 것은 불법행위라고 함으로써, 피항소인은 자기가 한 위 행위는 과연 불법행위인지의 여부는 이를 알지 못하지만, 법률에 통하지 아니한 결과 자신이 한 행위를 항소인의 말과 같이 불법행위가 되면 배상의 책임이 있다고 오신한 것에 기한 것이라고 석명하였다”라는 기재가 있다. 또한 갑 제1호증에는 원응규가 방매대리인으로서 본인이 매수한 것은 상당하지 아니하므로, 아래와 같이 계약을 한다는 취지의 기재가 있는 것으로 본다면, 피상고인은 자기가 한 본건 토지의 매수 및 전매의 행위로 불법행위가 된다고 하여, 상고인에 대하여 배상의 의무가 있다고 믿고 갑 제1호증 기재의 의사표시를 한 것이다. 만일 피상고인이 자기의 행위를 불법행위라고 하여 상고인에 대하여 배상의 의무가 있다고 믿지 아니한다면, 갑 제1호증 기재의 의사표시를 하지 아니하였다고 항변을 할 것임은 명백하므로, 피상고인의 항변은 자기의 행위를 불법행위라고 하여 상고인에 대하여 배상의 의무가 있다고 믿음으로서 갑 제1호증 기재의 의사표시의 내용으로 하였다는 취지라고 인정하여야 한다. 따라서 소론과 같이 피상고인은 갑 제1호증 계약의 내용에 관하여 착오를 주장한 것이 아니라, 당해 계약을 체결하기에 이른 연유에서 법률상의 오신이 있음을 주장한 것이라고 논할 수 없다. 만일 가령 피상고인의 항변이 갑 제1호증은 화해계약이고 당해 화해계약을 하기에 이른 것은 불법행위의 법칙을 오해한 것에 기인하는 것이라고 하고, 게다가 그 점은 화해계약의 내용을 이루는 것임을 인정할 수 없는 경우에 있어서는, 법칙의 오해는 하나의 연유임에 불과하고 화해계약이라는 의사표시의 내용을 한 것이 아니므로 법

률행위의 요소의 착오라고 말할 수 없다고 하여도, 피상고인의 항변은 전단 설명과 같은 취지이고 또한 그 착오의 사항으로 법률행위의 요소로 하였음은 합리적이라고 인정할 수 있으므로, 원심이 피상고인의 항변을 시인하고 갑 제1호증에 기재된 피상고인의 의사표시는 요소의 착오에 의하여 무효라는 취지의 판정을 한 것은 상당하고, 소론과 같은 위법이 있지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

피상고인의 원심에서의 항변은, 갑 제1호증 계약은 자신이 법률을 모르는 결과 배상의무가 있다고 오신하여 그 이행을 약속한 것이고, 요소의 착오에 의한 무효인 행위라고 하는 것이다. 그러나 일반적으로 국민인 사람은 공포된 법률은 형사에 관한 것인지 민사에 관한 것인지를 묻지 아니하고 모두 이를 알아야 할 책임이 있다. 따라서 법률을 모른다는 것을 핑계로 계약을 포기하고 그 의무를 면탈하는 것을 청허(聽許)하여서는 아니 된다. 그렇다면 원판결이 상기 피상고인의 항변을 채용하여 갑 제1호증 계약을 무효로 하고 피상고인으로 하여금 계약상의 의무를 면탈시킨 것은, 착오에 관한 법률을 부당하게 적용한 위법이 있다.

살피건대, 누구도 법률을 모른다는 이유로 법률의 적용을 면할 수 없음은 물론이지만, 법률의 규정은 누구나 이를 알고 있어야 하는 것으로 하여 법률상의 착오가 요소의 착오가 아니라고 논할 수 없다. 왜냐하면 민법 제95조에 규정된 법률행위의 요소의 착오 중에는 사실상의 착오이거나 법률상의 착오이거나를 묻지 아니하고 모두 이를 포함하는 법의라고 해석하여야 한다. 따라서 법률상의 착오라 하여도, 표의자가 그 사항으로 의사표시의 내용으로 하고, 또한 그 사항이 의사표시를 기다리지 아니하고 법률의 규정상 당연히 발생하는 효과에 관한 것이 아니며, 또한 그 사항으로 법률행위의 요소로 하는 것이 합리적인 경우에 있어서는, 그 법률행위는 요소의 착오를 야기하는 것이다. 그리고 본건 피상고인이 민법의 규정상 불법행위가 되지 아니하는 것을 불법행위라고 오신한 것은, 법률상의 규정상 당연히 발생하는 효과에 관한 오신이 아니다. 또한 이로써 법률행위의 요소로 한 것이 합리적이라고 인정할 수 있는 경우로서 원심이 갑 제1호증의 계약의 표

의자인 피상고인의 의사표시로서 요소의 착오라고 인정한 것은 위법하지 아니하다. 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

가령 피상고인이 주장하는 것과 같이 법률에 관한 착오도 역시 민법 제95조 전단의 적용을 받는다고 하지만, 국민인 사람이 자신을 지배하는 법률을 모른다는 그 자체가 당연히 중대한 과실이므로, 피상고인 스스로 계약의 무효를 주장할 수 없다. 그렇다면 원판결이 피상고인의 무효주장을 용인한 것은, 같은 조 후단의 규정을 적용하지 아니한 위법이 있다.

살피건대, 특히 법률상의 지식을 갖는다고 인정하여야 하는 자를 제외하고, 일반인이 수많은 법률의 규정을 모두 숙지하는 것이 아님은 보통의 상태이다. 뿐만 아니라 조선인인 본건의 피상고인이 민법에서의 불법행위의 법칙을 알지 못한다고 하여 이로써 피상고인의 과실이라고 논할 수 없다. 그렇다면 원심이 피상고인의 행위로 중대한 과실로 인정하지 아니한 것은 상당하고 본 논지는 이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

132 입목 및 장작(長斫)엽·송지(松枝)인도청구에 관한 건 〔대정5년민상제242호 1916년 11월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 제86조에 의하면 토지 및 그 정착물은 부동산이 되므로 입목이 부동산임은 두말할 필요가 없다(상고이유 제1점).

[참 조] 토지 및 그 정착물은 이를 부동산으로 한다.

이 이외의 물건은 모두 동산으로 한다.

무기명채권은 이를 동산으로 본다(민법 제86조).

1. 조선부동산증명령 및 조선부동산등기령에서는 토지 및 건물만의 등기 및 증명에 관하여 규정하고, 그 밖의 부동산에 관하여는 아무런 규정을 하지 아니한다고 하여도, 이에 관한 물권의 득실 및 변경으로 정당한 이익을 갖는 제3자에게 대항하기 위하여는, 득실 및 변경의 사실을 표시하는 어떤 방법을 취할 필요가 있고, 그 방법으로서는 특별한 징표를 붙이고 타인으로 하여금 이를 명인시킬 수기에 충분한 공시방법을 취하거나, 또는 인도의 방법을 취하는 경우에는 이로써 대항요건을 갖추었다고 인정하는 것이 타당하다(상고이유 제1점).

1. 입목소재지의 다수 촌민에 대하여 그 매수한 것을 구두로 발표한 행위는, 아직 위 대항요건을 갖춘 것이라고 말할 수 없다(상고이유 제2점).

1. 또한 위 대항요건은 제3자의 선의나 악의에 의한 구별이 없다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김하경
소송대리인 신우영
【피상고인】 이달영 같은 정인명

위 당사자 간의 입목 및 장작엽・송지인도 청구사건에 관하여 1916년 9월 13일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결에 의하면 “본소의 요지는, 항소인[1]은 계쟁물건의 소유권을 자기와 여남식과의 사이에 있어서의 갑 제1호증의 입목매매계약에 의하여 취득한 것이므로, 함부로 이를 점유하는 피항소인[2] 등에 대하여 반환을 청구한다는 것이다. 그리고 벌채의 목적으로 입목을 매매한 경우에는, 매수인은 타인으로 하여금 그 소유권의 이전을 명인시키기에 충분한 공시방법을 취하지 아니하면, 그 소유권의 이전을 제3자에 대하여 그 선의인지 악의인지를 묻지 아니하고 대항할 수 없다. 항소대리인은 주장하는 매매에 관하여 소유권이전의 사실을 공시하기 위하여, 항소인은 그 사실을 구두로 입목소재지의 다수의 촌민에 대하여 발표하였다는 취지을 주장하지만, 그러한 행위로 일반에 대한 공시방법을 취한 것이라고 인정할 수 없다(중략). 그렇다면 항소인 주장의 소유권이전은 공시방법의 흠결에 의하여 그 흠결을 주장함에 있어 정당한 이익이 있는 피항소인 등에 대항할 수 없다”라고 한다. 그러나 조선에서는 입목등기법은 시행되지 아니하고 그 시행되지 아니하는 지금에 있어서는, 조선의 관습에 따름으로서 조리상 당연하다고 하여야 하고, 조선의 입목에 대한 관습은 동일한 입목에 대하여 수인이 전후 계속하여 매수한 경우에는 매매의 선후로 권리의 우열을 정하는 것이다. 그리고 본건 입목에 대하여 상고인(원심항소인)은 1915년 10월 25일 소외 여남식으로부터 대금 750원으로 매수하고, 피상고인 등(원심피항소인)은 1916년 1월 13일 소외 여남식으로부터 매수한 사실로서, 이 사실은 제1심 제1회 구술변론조서에 기재되어 있을 뿐만 아니라, 당사자 사이에 다툼이 없는 사실이다. 그렇다면 본건 입목을 상고인이 그 소유자인 여남식으로부터 매수한 이후에는, 여남식은 다시 이를 피상고인 등에게 매각할 권리가 없고 여남식과 피상고인 등과의 사실행위는 무효라고 말하여야 한다. 그런데 원심이 입목등기법은 조선에 시행되지 아니함에도 불구하고, 타인으로 하여금 그 소유권의 이전을 명인시키기에 충분한 공시방법 흠결의 이유로 상고인의 청구를 기각한 것은 조선의 관습에 위반하는 판결이다.

---

1) 원고, 상고인
2) 피고, 피상고인

살피건대, 논지 기재의 원심 설시는 입목등기법을 적용한 것이 아니므로, 조선에 시행되지 아니한 같은 법을 적용한 위법이 있다고 말하는 논지는 이유가 없다. 또한 민법 제86조에 의하면 토지 및 그 정착물은 이를 부동산으로 하여야 하므로 입목이 부동산임은 두말할 필요가 없는 바이다. 조선부동산등기령 및 조선부동산증명령에서는 토지 및 건물의 등기 및 증명에 관하여 규정하고, 그 밖의 부동산에 관하여는 아무런 규정도 하지 아니한다고 하여도, 이미 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경에 관하여 등기 또는 증명을 대항요건으로 하고, 동산에 관하여는 인도를 그 대항요건으로 하는 법의에 비추어 고찰할 때에는, 그 규정을 하지 아니한 다른 부동산에 관하여 당사자의 의사표시만에 의하여 당연히 물권의 득실 및 변경으로 제3자에게 대항할 수 있는 것은, 거래의 안전을 도모하는 이유가 되지 아니하므로 정당한 이익을 갖는 제3자에 대항하려면 적어도 이에 관한 물권의 득실 및 변경의 사실을 표시하는 어떤 방법을 취하여야 한다. 그 방법을 취하는 경우에는 이로써 대항요건을 갖추었다고 인정하는 것이 타당하다는 것은, 당원의 판례(대정5년민상제67호, 1916년 4월 25일 판결)가 판시하는 바이다. 동일한 입목을 동일한 소유주로부터 수인이 전후 계속하여 매수한 경우에 있어서, 상기 대항요건을 논하지 아니하고 매매행위의 전후에 의하여 그 유효, 무효를 결정하는 관습이 조선에 존재하는 것은 당원이 인정하지 아니하는 바이다. 따라서 원심이 상고인은 소외 여남식으로부터 1915년 10월 25일 본건 입목을 매수하였지만, 그 소유권이전에 관하여 공시방법을 취하지 아니하였으므로 그 후 소외 여남식으로부터 1916년 1월 13일 본건 입목을 매수하고 이를 점유하는 피상고인 등에 대하여는, 그 인도를 구할 수 없다고 하여 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고 조선의 관습에 위반한 불법이 있다고 하는 논지 역시 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

가령 제3자로 하여금 명인시키는 공시방법을 하여야 한다고 하지만, 상고인은 본건 입목을 소외 여남식으로부터 매수한 후 소유권취득의 사실을 공시하기 위하여 구두로 입목 소재지의 다수 촌민에 대하여 매수한 것을 발표하였다. 나아가 1916년 4월 12일 상고인과 소외 여남

식과의 사이에 본건 입목에 대하여 가처분결정(갑 제4호증)에 기하여 그 집행행위를 가평분견소(加平分遣所) 집달리사무취급 건산진지(鍵山眞之, 가기야마)에게 위임하였는데, 집달리사무취급은 가처분을 하기 위하여 입목소재지에 출장하였지만 입목벌채의 사실이 없어 가처분을 하지 아니한 것이다. 그런데 원심에서는 상고인이 본건 입목에 대하여 매매에 의하여 소유권이전의 사실을 공시하기 위하여 촌민에 대하여 발표한 것은 공시방법을 취한 것으로 인정할 수 없다고 판단하고, 상고인과 여남식과의 사이의 본건 입목에 대하여 가처분결정이 있었던 당시에는 입목을 벌채하지 아니한 사실에 관하여, 원심에서 상고인으로부터 그 때의 집달리사무취급자였던 건산진지(鍵山眞之, 가기야마)를 증인으로서 신청하였는데 각하의 결정을 한 것은, 상고인의 유일한 입증이 각하된 것이 된다. 그리고 상고인이 본건 입목을 매수한 당시 입목소재지 인민에 대하여 발표한 행위는 공시방법을 취한 것이라고 인정할 수 없다고 하여도, 일단 상고인으로부터 매수하였음이 발표된 이상은 공시방법에 의하여 제3자에 대하여 명인시키는 행위를 한 것이라고 말하여야 한다. 특히 상고인은 여남식에 대하여 본건 입목에 관하여 벌채금지의 가처분결정이 있었던 당시에 벌채를 한 일이 없는 이상은, 위 가처분결정으로 공시방법으로 인정하여야 하는 것에 있어서는 더욱 그러하다. 그런데 원심이 이에 대한 유일한 입증을 심사하지 아니하고 함부로 공시방법의 흠결을 이유로 상고인의 청구를 배척한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 매매에 의한 입목소유권의 이전으로 정당한 이익을 갖는 제3자에 대항하기 위하여는 적어도 그 사실을 표시하는 어떤 방법을 취하여야 한다. 그 방법으로서는 특별한 징표를 붙이고 타인으로 하여금 이를 명인시키기에 충분한 공시방법을 취하고, 또는 인도의 방법을 취하는 경우에는 이로써 대항요건을 갖춘 것이라고 인정함이 타당함은, 상고이유 제1점에서 설시한 바이다. 그러나 입목소재지의 다수의 촌민에 대하여 그 매수된 것을 구두로 발표한 행위는 아직 그 대항요건을 갖춘 것이라고 말할 수 없으므로, 원심이 그 취지를 설시하고 공시방법의 흠결을 이유로 하여 상고인의 청구를 배척한 것은 상당하고, 이로써 제3자에 대하여 소유권의 이전을 명인시킬 수 있는 공시방법

을 취한 것이라고 인정하여야 한다고 하는 논지는 이유가 없다. 또한 논지에 소위 가처분결정(갑 제4호증)이라는 것의 내용은, 상고인의 신청에 의하여 여남식에 대하여 1916년 4월 7일부로 본건 “입목에 대한 처분행위 일절을 금지하고 특히 그 벌채를 하여서는 아니된다”라는 금지적 가처분을 명한 것에 그치므로, 가령 소론과 같이 집달리사무취급자가 상고인의 위임을 받아 그 집행을 위하여 입목소재지에 출장한 때 입목벌채의 사실이 없음을 확인하고 가처분을 하지 아니하고 돌아왔다고 하여도, 위 가처분결정으로 대항요건을 갖춘 것이라고 말할 수 없다. 따라서 위 가처분결정의 당시 벌채를 한 행위가 없는 이상은 위 가처분결정으로 공시방법이라고 인정하여야 한다는 논지는 이유가 없다. 또한 따라서 위 집달리사무취급자가 입목소재지에 출장한 때 벌채의 사실이 없음을 인정할 수 있다고 하지만, 위 금지적 가처분의 결정으로 대항요건을 갖춘 것이라고 말할 수 없다는 결론에 대하여 사소한 영향도 없으므로, 원심이 그 점에 관한 상고인의 증인신청을 각하하였다고 하여 그것은 원심의 직권에 속하는 증거조사의 한도를 정한 것이므로, 이로써 위법하다고 하는 논지도 역시 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

입목을 매매하는 경우에 매수인은 타인으로 하여금 그 소유권의 이전을 명인시키기에 충분한 공시방법을 하여야 한다는 것은, 정당한 이익이 있는 선의의 제3자를 보호하는 의미로서 결코 그 선의인지 악의인지를 묻지 아니하고 보호하는 의미가 아니다. 그리고 피상고인은 소외 여남식과 통모하여 가장의 매매를 본건 입목에 관하여 한 것이고, 그 사실은 증인 홍순택, 신언식의 증언에 의하여 명백하다. 뿐만 아니라 피상고인은 본건 입목에 관하여 소외 여남식과 상고인과의 매매계약을 하는 현장에 입회하여 실제로 보았으므로, 피상고인의 매수행위가 진정이라고 하여도 피상고인은 상고인이 본건 입목을 매수하는 것을 알고 나아가 이를 매수한 것이므로 악의의 제3자라고 말하여야 한다. 그런데 원심은 선의인지 악의인지를 묻지 아니하고 대항할 수 없다는 취지의 설명을 하였다. 그러나 악의의 제3자에게는 대항할 수 있다고 믿는다. 따라서 원판결에서 선의인지 악의인지의 점에 아무런 판단을 하지 아니하고 만연히 상고인의 청구를 배척한 것은 위법하다.

살피건대, 원심은 증인 홍순택, 신언식 등의 증언을 배척하고 오히려 다른 증거에 의하여 피상고인 등이 소외 여남식으로부터 본건 입목을 매수한 행위가 허위, 가장이 아닌 진실임을 인정한 것이다. 원판결문 기재의 증거에 의하면 그 진실임을 인정할 수 없는 것이 아니므로, 원심이 이를 인정한 것은 원심의 직권행사에 의하여 그 행위로 통모에 의한 허위, 가장의 것이라고 하고, 증인 홍순택, 신언식의 증언에 의하여 그 사실이 명백하다고 하는 논지는, 원심의 직권에 속하는 증거취사 및 사실인정을 비난하는 것이 되므로 그 이유가 없다. 또한 조선민사령 제13조에는 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경에 관하여 조선부동산등기령 또는 조선부동산증명령에서 등기 또는 증명의 규정을 만든 것은, 그 등기 또는 증명을 받지 아니하면 이로써 제3자에게 대항할 수 없음을 규정하고, 민법 제178조에는 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산의 인도가 없으면 이로써 제3자에게 대항할 수 없다고 규정하여, 모두 그 제3자가 선의인지 악의인지를 구별하지 아니한다. 따라서 이 법의에 비추어 고찰할 때에는, 등기 또는 증명의 규정을 만들지 아니한 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경을 상고이유 제1점의 설시의 방법에 의하여 제3자에게 대항하는 것에 관하여도, 그 제3자가 선의인지 악의인지를 구별하지 아니하는 것이 상당하다. 따라서 피상고인이 선의인지 악의인지를 판단할 필요가 없다. 그렇다면 악의의 제3자에게는 공시방법을 취하지 아니하여도 대항할 수 있다고 하고, 피상고인이 선의인지 악의인지를 판단하여야 한다고 하는 논지 역시 그 이유가 없게 된다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

133 매매대금지급청구에 관한 건
〔대정5년민상제247호 1916년 11월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 금전급부와 같은 분할 가능한 청구에 있어서는, 그 청구 중에 부당한 부분이 있을 때에는 이를 삭제하고 정당한 부분의 급부를 명하는 것도 불법이 아니다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 조선농업 주식회사
대표자 이사 사장 송병준
소송대리인 송본정관(松本正寛, 마쓰모토)
【피상고인】 강면희

위 당사자 간의 매매대금지급 청구사건에 관하여 1916년 9월 9일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심이 확정한 사실에 의하면, 피상고인[1]은 상고인[2]에 대하여 본건 국유미간지이용권을 대금 4,500원으로 매도하고, 위 대금 중 3,600원을

1) 원고
2) 피고

수령하고 잔액 금 900원에 관하여는 제언(提堰) 건설에 종사한 면민(面民)이 분쟁을 일으킨 결과 당해 잔액 금 900원 중 400원을 면민에게 양도하였으며, 1912년 8월 14일 을 제2호증의 화해신청서를 상고인에게 제출함과 동시에, 잔대금의 지급을 청구한 것인 사실은 명백하다. 환언하면 위 잔대금 900원의 수령방법에 관하여는 면민과 피상고인 간에 분쟁이 있고, 누가 그 얼마를 받아야 하는지 확정되지 아니하였으므로 잔대금청구를 하기에 이르지 아니하였다. 그러나 1912년 8월 14일에 이르러 계약금 500원은 피상고인이, 잔금 400원은 면민이 취득하는 것으로 결정하고, 같은 날 그 지급을 상고인에게 구한 것이 명백하다. 따라서 그 때까지는 상고인에 대하여 잔대금의 지급을 구하지 아니한 것도 그 자체로 명백함에도 불구하고, 원심이 상고인에 대하여 1910년 6월 11일부터 지연이자의 지급의무가 있다고 판시한 것은 이해하기 어려운 바이고 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 원판결을 본다면 그 판결문에 기재된 것과 같이, 원심은 상고인이 1909년 9월경 피상고인으로부터 간척지이용권 및 제언(提堰)을 대금 4,500원으로 매수하고, 그 당시 3,600원을 지급하고 잔대금은 900원이 된 바, 이 중 400원은 피상고인으로부터 면민에게 그 채권을 양도함으로써 상고인으로부터 피상고인에게 지급하여야 할 대금의 잔액은 500원이 되었고, 나아가 3회에 125원을 지급함으로써 아직 지급하지 아니한 잔액 375원이라는 사실을 인정하였으며, 다음으로 잔대금 지급에 관하여는 시기가 도래하지 아니하였다는 취지의 상고인의 항변을 배척하고, 상고인은 간척지이용권 및 제언에 관하여는 매수한 당시 즉 1909년 9월경 이미 피상고인으로부터 그 인도를 받고 그 당시부터 대금지급의 의무를 갖고 그 후 대금지급에 관하여 지체가 된다는 사실을 인정하였다. 따라서 가령 그 지체 중에 피상고인과 면민 간에 쟁의가 발생하고 결국 피상고인이 상고인으로부터 받을 대금 중 400원의 채권을 면민에게 양도하기에 이른 1912년 8월 14일, 피상고인으로부터 그 채권양도를 상고인에게 통지하고 동시에 잔대금의 지급을 청구한 것은 원판결에서 인정한 바와 같다고 하여도, 일단 상고인에게 발생한 지체의 책임에 아무런 변경이 초래되지 아니한다는 이유로, 원심이 상고인에게 지체의 책임이 발생한 1909년 9월경 이후에 속하는

1910년 6월 11일부터 상고인이 지급하여야 하는 잔대금에 관하여 지연이자의 지급을 명한 것은 상당하고 이유에 불비가 없다. 본 논지는 요컨대, 1912년 8월 14일 이전에는 지체의 책임이 없는 것과 같이 논하여 원판결에 이유불비의 위법이 있다고 비난하는 것에 불과하므로, 원판지에 부응하지 아니하는 사실을 근거로 하여 원판결을 공격하는 것이므로 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건 상고인은 원심 1916년 7월 22일의 구술변론에서 본건 매매대금지급에 관하여 확정기한이 없다는 취지를 항변하고, 을 제5호증으로 입증한 것이다. 피상고인은 이에 반하는 주장을 한 일이 없으므로 당해 대금의 지급에 관하여는 확정기한의 규정이 없는 것으로 인정할 수밖에 없음에도 불구하고, 원심이 만연히 상고인에게 1910년 6월 10일부터 지연이자의 지급의무가 있다고 판시한 것은 불법이다. 이에 더하여 을 제3호증의 4에 의하면, 그 당시에 있어서의 상고 회사의 회계에 있어서 본건 이용지의 분쟁해결시에 잔대금을 지급하여야 한다는 취지를 피상고인에게 고지하고, 피상고인은 그 고지의 취지에 따라 면민과 타협을 하여 1912년 8월 14일 을 제2호증과 같이 상고 회사에게 화해신청서를 제출하였으며, 1914년 3월 17일 을 제3호증의 1, 2, 3과 같이 면장의 증명서를 상고 회사에게 제출하여 잔대금의 지급을 구하기에 이른 것이다. 따라서 상고 회사는 이에 비로소 대금지급을 지체한 것이 된다. 그런데 원심이 위 을 제2, 3호증의 존재를 망각하고 당해 증거에 기한 상고 회사의 항변 즉 면민과의 분쟁해결시에 지급하여야 하는 것이고, 대금지급의 시기가 아직 도래하지 아니하였다는 취지의 항변에 관하여, 아무런 설명을 한 바가 없고 마치 상고 회사가 1910년 6월 11일부터 채무지급을 지체한 것과 같이 판정한 것은 이유불비의 불법이 있다고 믿는다.

살피건대, 당사자 쌍방은 원심에서 제1심판결 사실적시와 같은 취지의 사실관계를 진술하였음은, 원심구술변론조서에 그 취지의 기재가 있음에 비추어 명백하다. 그리고 제1심판결의 사실적시에 의하면, 피상고인(원고)은 본건 매매대금은 즉시 이를 지급하여야 할 약속이라는 취지를 주장하고 있으므로, 상고인이 소론과 같이 본건 매매대금지급

에 관하여는 확정기한이 없다는 취지를 항변하고, 을 제5호증을 제출하여 이를 입증하였다고 한다. 그러나 바로 상고인 항변과 같이 대금지급에 관하여는 확정기한의 규정이 없는 것이라고 인정하여야 하는 것이 아니다. 상고인의 항변이 과연 그러한지, 또한 피상고인의 주장이 과연 그러한지는 사실심인 원심의 자유로운 판단에 맡겨야 한다. 그리고 원판결에 의하면, 원심은 상고인으로부터 제출된 대금지급의 시기에 관한 항변을 배척하고, 상고인은 간척지이용권 및 제언에 관하여는 매수한 당시 즉 1909년 9월경 이미 피상고인으로부터 그 인도를 받고 그 당시부터 대금지급의 의무를 가지며, 그 후 대금지급에 관하여 지체에 빠진다는 사실을 인정하였으며, 상고인에 대하여 1910년 6월 11일부터의 지연이자의 지급을 명한 것이다. 따라서 상고인의 본건 매매대금지급에 관하여 확정기한이 없다는 취지의 항변은, 원심이 채용하지 아니한 것임이 명백하다. 동시에 위 설시에 의하여 만연히 지연이자의 지급을 명하지 아니한 것도 역시 명백하므로 본 논지의 전단은 그 이유가 없다. 그리고 원판결을 보건대, 증인 이시우의 진술을 인용하여 피상고인과 면민과의 화해완결에 관한 서면을 제출하기까지는, 대금지급을 하지 아니하는 특약이 있는데, 피상고인은 그 서면을 제출하지 아니하므로 잔대금지급에 관한 시기가 아직 도래하지 아니하였다는 취지의 상고인의 항변을 배척한 것이므로, 본 논지의 후단 중 면민과의 분쟁해결시에 지급하여야 하는 것으로 대금지급의 시기가 아직 도래하지 아니하였다는 취지의 항변에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하였다고 한다. 그러나 그 항변은 위 원판결이 배척한 항변과 결국 같은 취지가 되므로, 그 항변 중에 포함하여 함께 배척한 것임이 명백하므로 아무런 설명한 바가 없다고 하여 원판결을 비난하는 것은 타당하지 아니하다. 그리고 1910년 6월 11일부터의 지연이자의 지급을 명한 것이 이유불비가 아님은 상고이유 제1점에서 이미 설명한 바와 같으므로, 이를 참조하여 이해하여야 한다. 따라서 본 논지의 후단도 역시 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

피상고인은 상고 회사에 대하여 피상고인으로부터 면민에게 양도한 금 400원을 합하여 부당한 청구를 함으로써, 상고 회사는 그 지급을

거절한 것이다(제1심판결 적시사실 참조). 원래 본건 채무의 지급에 관하여는 확정기한이 없다는 점은 전술과 같으므로, 피상고인으로부터 정당한 청구를 함으로써 비로소 상고 회사의 지체책임이 발생한다. 그런데 피상고인은 원판결이 확정한 것과 같이 면민의 권리에 속하는 부분을 합하여 부당한 청구를 한 것이므로, 그 청구는 부적법하고 상고 회사를 지체에 빠지게 하는 효과가 없는 것이다. 그런데 원심이 상고 회사에 지체의 책임이 있다고 하고 지연이자의 지급을 명한 것은 불법한 판결이라고 믿는다.

살피건대, 본건 매매대금지급에 관하여 확정기한이 없다는 것은 원판결이 인정하지 아니하는 바이므로, 이를 전제로 하여 원판결을 비난하는 논지는 채용하기에 충분하지 아니하다. 그리고 금전급부와 같은 분할가능한 청구에 있어서는, 그 청구 중에 부당한 부분이 있을 때에는 이를 공제하고 정당한 부분의 급부를 명할 수 있으므로, 피상고인이 당초 잔대금으로서 900원의 지급을 청구하고, 그 중 400원에 관하여는 그 채권을 면민에게 양도하여도, 그 나머지 500원에 관하여는 상고인으로부터 피상고인에 대하여 지급하여야 할 의무가 있음을 인정하는 이상, 그 500원인 잔대금지급에 관하여 지체의 책임이 있음을 판시한 것은 위법하지 아니하다. 따라서 본 논지는 그 이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 따라 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

134 톤(噸)세금지급청구에 관한 건
〔대정5년민상제225호 1916년 11월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 광업권자는 자신이 또는 자신의 책임으로 광업대리인으로 하여금 광업을 관리하고 광물의 채굴을 하여야 하고, 그 광업권을 목적으

로 하여 광업권자가 아닌 타인에게 채굴의 권리를 수여하여 광업의 관리경영을 일임하고, 채굴수익을 하게 하는 것과 같은 계약은 무효이다(상고이유 제1점).

1. 구한국 광무 10년(1906년) 법률 제3호 광업법에는 광업권의 정의를 정하지 아니하지만, 광업권이란 즉 광구 내에서 광물을 채굴하고 취득하는 권리를 말한다고 해석할 수 있다. 따라서 광업권과 광물채굴권과는 반드시 별개의 것이라고 말할 수 없다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 박성환
소송대리인 성전정일랑(星田正一郎, 호시다)
【피상고인】 대총충태랑(大塚忠太郎, 오오츠카) 영목탁마(鈴木琢磨, 스즈끼)

위 당사자 간의 톤세금지급 청구사건에 관하여 1916년 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 "그리고 당해 계약은 상기와 같이 1914년 중에 성립한 것이므로 그 당시에 시행된 구한국 광무 10년(1906년) 법률 제3호 광업법에 비추어, 같은 법 제22조에서 광업권을 갖지 아니하고 광물을 채굴하는 것을 금지한다는 규정이 있음과 동시에, 그 제10조에서 광업권으로 상속양도 또는 저당권의 목적으로 하는 것을 허용하는 이외에,

용익권 등의 목적으로 하는 것을 허용한 규정이 존재하지 아니한 것을 참작한다면, 광업권자는 자신이 또는 자기의 책임으로 광업대리인으로 하여금 관리시키고 채굴하여야 하고, 그 광업권을 목적으로 하여 타인의 관리경영에 일임하고 채광시키는 것과 같은 것은 같은 법이 허용하지 아니하는 바이다. 본건 계약은 이상과 같이 광업권자인 피항소인[1]이 갖는 유화금광(硫化金鑛)에 관한 채광권을 항소인에게 수여하고, 항소인[2]의 관리경영 하에 같은 사람에게 채광시키는 것을 목적으로 하며, 피항소인은 그 보수로서 톤세금의 지급을 받는다는 것이다. 따라서 그 당시에 시행된 광업법의 금지규정에 위반하는 행위를 목적으로 함으로써, 당해 계약은 무효라고 단정하지 아니할 수 없다. 과연 그렇다면 이 무효계약을 원인으로 하는 본소 톤세금지급청구가 부당함은 논할 필요가 없다. 그러므로 피항소인의 청구는 그 전부를 배척하여야 한다"고 판시하였다. 즉 원판결은 당시의 광업법 제22조, 제10조를 적용하여 본소의 계약은 무효라고 판단하였다. 1. 그러나 상기 광업법 제22조의 규정에 의하면 "광업권을 갖지 아니하고 광물을 채굴한 자 또는 허위의 행위로 광업권을 취득한 자는 50원 이상 1,000원 이하의 벌금에 처하고, 채굴한 광물은 이를 몰수하며 이미 이를 양도하거나 소비한 때에는 그 대금을 추징한다"고 되어 있는 것은, 전적으로 광업권을 갖지 아니하고 광물의 채굴을 하는 것을 금지하는 법의이다. 본건과 같이 광업권자인 상고인은 피상고인과의 사이에 계약을 체결하여 광물의 채굴을 하는 경우에는, 당해 법규에 해당하지 아니한다. 그런데 원심은 같은 조를 적용하여 상고인에게 패소의 판결을 내린 것은 타당하지 아니하다. 2. 또한 같은 법 제10조의 규정에 의하면 "광업권자는 상속, 양도 또는 저당으로 할 수 있고, 광업권의 양도 및 그 저당권의 설정은 농상공부의 등록을 거치지 아니하면 그 효력이 발생하지 아니한다"고 되어 있다. 일견 상속, 양도, 저당의 3자에 한하여 이를 허용하고 그 밖의 행위는 절대로 금지한 것과 같이 보이지만, 자세히 살펴보면 그러하지 아니한 이유를 알기에 어렵지 아니하

1) 원고, 상고인
2) 피고, 피상고인

다. 왜냐하면 같은 조에는 광업권은 상속, 양도, 저당의 처분행위를 할 수 있음을 명시함에 그치고, 그 밖의 행위를 금지하는 취지의 규정이 없는 것을 본다면, 다른 행위는 절대로 금지한 것이라고 단정할 수 없다. 즉 조선광업령(1915년 12월 제령 제8호) 제17조에 의하면 "… 광업권은 상속, 양도, 저당, 체납처분 및 강제집행의 목적 이외에 권리의 목적이 될 수 없다"고 규정한다. 상기의 법률행위 이외의 것은 절대로 금지하는 취지를 명정한다. 이에 반해 상기 광업법 제1조에는 아무런 금지적 명문이 존재하지 아니하므로 피아 동일하게 논할 수 없는 것이다. 특히 조선에서는 종래 광업권자와 계약하여 채굴하여 온 현저한 관습이 있고 덕대굴제(德大掘制)가 있음을 인정함에 있어서는 더욱 그러하다. 요컨대, 원판결은 법률을 부당하게 적용하여 타당하지 아니하다.

살피건대, 구한국 광무 10년(1906년) 법률 제3호 광업법 제10조에는, 광업권은 상속, 양도 또는 저당으로 할 수 있다는 취지를 규정하고, 광업권의 이전 및 처분에 관하여 한정하는 바가 있다. 또한 같은 제22조에는 광업권을 갖지 아니하고 광물을 채굴하는 것을 금지하는 규정이 있으므로, 이러한 규정을 같은 해 농상공부령 제43호 광업법 시행세칙 제29조의 광업권자 스스로 광업을 관리하지 아니할 때에는 대리인을 정하여 신고하여야 한다는 취지의 규정 및 상기 광업법은 물론 같은 광업법 시행세칙에서도 광업권을 용익권의 목적으로 하는 것을 허용한 규정이 존재하지 아니하는 것 등을 참조할 때에는, 광업권자는 자신이 또는 자기의 책임으로 광업대리인으로 하여금 광업을 관리하고 광물의 채굴을 하여야 하고, 그 광업권을 목적으로 하여 광업권자가 아닌 타인에게 채굴의 권리를 수여하며, 이에 광업의 관리경영을 일임하고 광물의 채굴, 수익을 하게 하는 것과 같은 것은 광업법의 취지에 위반하고, 이를 목적으로 하는 계약이 무효임은 논할 필요가 없는 바이다. 이것은 실로 당원이 이미 판례(대정5년민상제70호 1916년 4월 28일 판결 광구공동영업계약이행 청구사건)로서 시인하는 바이다. 따라서 본건에 관하여 살펴보면 상고인의 본소청구의 원인은, 1914년 7월 29일 당사자 간에 함경남도 정평군 장원면 하대리, 사말리 소재 금광에 관하여 상고인이 갖는 광업법에 의한 허가 제539호에 관하여, 광업권자인 상고인은 유화물을 함유하는 광물의 채굴을 상고인이 그 관

리권을 포기하고, 아무런 관여를 하지 아니하며 4년 간 피상고인에게 일임하고 피상고인은 피상고인 자신의 관리 하에 상당한 설비를 하여 그 채굴경영을 하여야 하며, 그 보수로서 피상고인은 상고인에 대하여 1년 간 채굴최소한도를 2,000t 이상으로 하고, 1t에 관하여 금 5원, 단 1914년 12월 1일부터 향후 1년간은 금 3원의 비율로 톤세금을 지급하여야 한다는 취지의 계약을 하였다. 그럼에도 불구하고 그 톤세금의 지급을 하지 아니함으로써 본소에서 그 청구를 한다는 것임은, 원판결의 사실적시 및 원판결이 인용한 제1심판결의 사실적시에 의하여 명료하다. 뿐만 아니라 원심은 증인 청목상길(靑木常吉, 아오끼)의 증언에 의하여 채굴한 유화물을 함유하는 광물로부터 금을 분석채취하여야 하는 사실을 인정하고, 이에 의하여 위 계약의 목적인 유화물 함유의 광물은 상고인이 갖는 광업권의 목적임을 인정함으로써, 상고인 주장의 본건 계약의 취지는 상고인이 갖는 허가 제539호 금광채굴의 광업권에 관하여 그 관리경영을 피상고인에게 일임하고, 피상고인으로 하여금 자유롭게 그 광업권의 목적인 유화물 함유의 금광을 채굴 수익하게 함을 목적으로 하며, 상고인 스스로 그 관리경영을 하지 아니하고 단지 그 보수로서 톤세금의 지급을 받는다는 것이 명백하다. 따라서 같은 계약은 그 성립한 1914년 7월 29일 당시 효력을 갖는 상기 광업법의 규정에 위반하는 무효인 계약임은 모두 설명하는 바에 의하여 조금도 의문이 없다. 그러므로 원심이 같은 법 제22조, 제10조의 규정의 취지에 의하여, 광업권자는 자신 또는 자기의 책임으로 광업대리인으로 하여금 관리시키고 광물을 채굴하여야 하고, 그 광업권을 목적으로 하여 타인의 관리경영에 일임하여 채굴시키는 것과 같은 것은 같은 법이 허용하지 아니하는 바라고 설시하여, 본건 계약을 무효로 한 것은 상당하다. 그리고 광업법이 전술과 같이 광업에 대해 광업권자의 직접경영을 강요하고, 다른 용익권자와 같은 자로 하여금 그 경영을 하게 하는 것을 금지한 것은, 광업은 공안, 공익에 지대한 관계를 갖고, 이를 보전할 필요에서 나온 것이므로, 가령 소론과 같이 조선에서 종래 광업권자가 직접 경영을 하지 아니하고 타인으로 하여금 채굴하여 온 관습이 있다고 하여도, 그러한 관습은 공공의 질서에 반하여 효력이 없다. 요컨대, 본 논지는 원심과 법률의 해석에 관하여 그 의견

을 달리하고 원판결을 비난하는 것에 불과하므로, 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

이에 더하여 상기 광업법 제10조의 규정에 의하면, "광업권은 상속, 양도 또는 저당으로 할 수 없다"고 하지만, 본건은 광업권 자체의 처분행위를 목적으로 한 것이 아니고, 광업권자가 갖는 채굴권의 행사에 관하여 제3자와 계약을 한 것에 불과하다. 따라서 가령 광업권 자체는 소정의 범위 외에 처분행위를 할 수 없는 것이라고 하지만, 광업권 자체가 아닌 광물의 채굴에 관하여는 아무런 제한, 금지가 없으므로 이를 목적으로 하는 계약은 원래 유효하다. 만일 이를 무효라고 하면, 그 무효인 이유를 상설하여야 한다. 그런데 원심은 광업권과 광물채굴권을 혼동하여 판단하고 게다가 그 이유를 붙이지 아니한 것은 이유불비의 위법이 있다.

살피건대, 광업권자가 타인에게 그 광업의 관리경영을 일임하고 이를 채굴 수익하게 하는 것은 구한국 광무 10년(1906년) 법률 제3호 광업법에 위반하는 것이고, 이를 목적으로 하는 계약이 무효인 점 및 원심은 본건 계약으로 상고인이 갖는 광업법에 의한 허가 제539호 금광채굴광업권에 관하여 피상고인에게 그 관리경영을 일임하고, 피상고인으로 하여금 자유롭게 유화물 함유 금광을 채굴, 수익하게 하는 것을 목적으로 하였으며, 상고인은 이에 대하여 피상고인으로부터 보수를 받고 스스로 그 관리경영을 하지 아니하는 취지이고, 상기 광업법의 규정에 위반하는 무효의 계약이라고 판단한 것으로 상당하다는 점은, 모두 상고이유 제1점에서 이미 설명한 것과 같다. 그리고 같은 광업법에는 광업권의 정의를 제시하지 아니하지만, 그 제1조에는 광업권이란 광물의 채굴 및 이에 부속하는 사업을 말한다고 규정되어 있으므로, 같은 법에서 광업권이라 칭하는 것은 즉, 광구 내에서 광물을 채굴하고 취득할 권리를 말하는 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 광업권과 광물채굴권과는 반드시 별개의 것이라고 말할 수 없으므로, 양자 마치 별개의 권리인 것과 같이 논하고 원판결을 비난하는 본 논지는 상고이유가 없다.

이상의 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

135 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제243호 1916년 11월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 소비대차 성립 후 그 변제로서 일부변제를 한 때에는, 그 변제 당시의 이자 또는 원금에 충당하고 계산하여야 함은 당연하지만, 당사자의 합의에 의하여 그 변제 당시의 원리금에 충당하지 아니하고, 그 이후에 있어서의 어느 일정한 시기의 원리금에 충당하는 것은 가능하다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 안준선
【피상고인】 김현문

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 9월 13일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결은 증거의 채택을 그르치고 사실을 부당하게 인정한 것이다.

상고인[1]이 피상고인[2]으로부터 1912년 7월 10일 금 100원을 월 3푼 5리의 이자로 차용한 사실 및 상고인이 피상고인에게 1913년 음 12월 15일부터 1915년 음 4월 15일까지의 사이에 합계 금 100원을 변제한 사실은 당사자 간에 다툼이 없다. 단, 쟁점은 상고인이 위 금 100원을 원금으로 하여 변제한 것인지 이자로서 변제한 것인지에 있다. 그리고 상고인이 원심에 제출한 "을 제1호증 중(피상고인이 경성지방법원 대정4년민제1060호 사건 때문에 증인으로서 출두함) 증인은 … 변제기일 같은 해 음 10월로 정하여 대여한 바, 그 이후 그 이자만을 수취하였지만, 그 다음 계축년 음 12월 15일 피고의 대리가 되는 피고의 형 안준기로부터 일부변제금 70원을 수취하였다 …"이라고 증언하였다. 이상의 증언에 의하여도 상고인이 지급한 금액은 피상고인이 원금으로서 영수한 사실이 명확함에도, 원심에서 오히려 상고인의 항소를 기각한 것은 증거채택을 그르치고 부당하게 사실을 인정한 것이다.

살피건대, 상고인이 원심에서 1912년 7월 10일 이자를 월 3푼 5리로 정하여 금 100원을 피상고인으로부터 차입하는 것을 인정하고, 같은 대금에 대한 이자로서 수회에 금 24원 50전을, 1913년 음 11월 하순 상고인의 형 안준기가 상고인을 대신하여 원금의 일부변제로서 금 70원을, 같은 3년 2월 이후 수회에 상고인 스스로 남은 원금의 변제로서 금 30원을 각 변제한 취지를 항변하였음은, 원판결이 인용한 제1심판결 사실적시에 비추어 명료하다. 그리고 원심은 당사자 간 다툼이 없는 사실로서 상고인이 수회에 금 24원 50전을 이자로서 변제한 사실 및 1913년 음 11월 중 금 70원을 변제한 사실을 인정하고, 위 70원은 원금에 충당하여야 하는지의 여부의 쟁점에 관하여, 갑 제1호증의 기재 및 위 변제의 사실을 종합하여 1913년 음 12월 15일 당사자 간에 같은 날 이전의 변제를 먼저 대부일로부터 같은 음 12월 15일까지의 이자로 충당하고, 그 잔금은 이를 원금에 충당하는 방법으로 정산을 마쳤으며, 계산의 결과 남은 원금은 68원 50전이 되었고 상고인이 이를 승인한 사실을 인정하였다. 다음으로 그 나머지의 변제 30원에 관

---

1) 피고
2) 원고

하여는 을 제1호증 중 증인 김현문이 피고(상고인)로부터 수회에 금 30원을 수취하였지만 보통 이자 중에 충당하였다는 취지의 진술부분 및 기타의 사실증거에 의하여 이 역시 남은 원금에 대한 1915년 1월 말일까지의 이자에 충당된 사실을 인정한 것으로, 원심 원용의 증거에 의할 때에는 상기 각 사실을 인정하기에 충분하다. 뿐만 아니라 원심은 더 나아가 을 제1호증으로는 상기 70원이 원금의 일부변제였다는 상고인의 항변사실을 입증하기에 부족하다는 취지를 설시하고, 같은 을호증 중 증인 김현문의 논지원용의 진술부분은 원심이 채용하지 아니하는 바임은 명백하다. 따라서 같은 을호증의 진술을 운위하여 원판결을 공격하는 본 논지는 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단을 비난하고, 나아가 그 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것에 불과하므로 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심판결은 사실을 부당하게 인정하고 이유에 불비가 있는 판결이다. 원심판결 이유 중단에 “갑 제1호증의 기재와 당사자 간에 다툼이 없는 상기 일부변제의 사실을 종합하면, 1913년 음 12월 15일 당사자가 대금관계에 관하여 이전의 일부변제는 먼저 약정이자에 충당하고 잔금을 원금에 충당하여 청산한 결과, 남은 원금은 68원 50전(3,425냥)이고 항소인도 이를 승인한 사실은 명백하다”라고 설시하였다. 또한 원판결 전단에 “다음으로 1913년 음 11월 중 금 70원의 지급을 한 것은 당사자 간에 다툼이 없는 바이고”라고 설시한 이상, 원판결이 인정한 이유를 본다면, 금 70원을 수수한 사실은 소위 청산하였다고 하는 일시 이전 즉, 1913년 음 11월 중이라고 말하여야 한다. 그리고 원판결에서 인용한 갑 제1호증(피상고인의 장부)에는 1913년 음 12월 15일 금 70원을 수취하고 그 중 금 38원 50전은 이자로 계산하고 31원 50전은 원금에 충당하여 운운이라고 기재되고, 원판결 중단의 청산한 결과 운운이라는 연월일이라면, 원판결이 인정한 이유가 한편으로는 금 70원을 수수한 일시를 1913년 11월 중이라고 인정하고, 한편으로는 1913년 음 12월 15일(갑 제1호증 기재)이라고 인정할 수는 없는 것이다. 그렇다면 원판결의 이유가 모순됨은 명확하고 원판결은 사실을 부당하게 인정하여 이유에 불비가 있는 불법한 판결이다.

살피건대, 원심은 당사자 간 다툼이 없는 사실로서 금 70원은 1913년 음 11월 중 변제하였다고 인정한 점은 상고이유 제1점에서 이미 설명한 것과 같고, 본건 갑 제1호증에 의하여는 단지 1913년 음 12월 15일 당사자 간에 같은 날 이전의 변제를 같은 날의 원리금에 충당, 청산하고 상고인이 이를 승인한 사실을 인정하였으며, 본건 70원이 같은 1913년 음 12월 15일 변제가 된 것으로 인정한 것이 아니다. 그리고 원심인정과 같이 본건 70원이 1913년 음 11월 중에 변제가 있었다는 것인 이상은, 이를 그 변제 당시의 본건 대금의 이자 또는 원금에 충당하고 계산하여야 함은 당연하다고 하여도, 당사자의 합의에 의하여 그 변제 당시의 원리금에 충당하지 아니하고 그 이후에 있어서의 어느 일정한 시기의 원리금에 충당하는 것은 조금도 불가능하지 아니한 바로서, 원심은 갑 제1호증의 기재 및 본건 70원이 1913년 음 11월 중 변제되었다는 사실 등을 종합하여, 1913년 음 12월 15일 당사자 간에 있어서 같은 날 이전의 입금을 본건 대금의 이자 및 원금으로 충당, 청산하고 상고인이 이를 승인한 사실을 인정한 것이다. 따라서 상고인이 같은 1913년 음 12월 15일 이전의 입금인 본건 70원을 같은 날의 원리금에 충당하는 것을 승낙한 것임은 명백하다. 따라서 원판결에는 소론과 같은 위법이 없고 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

136 산지인도청구에 관한 건
〔대정5년민상제249호 1916년 11월 30일 판결〕

【판결요지】

1. 점유회수의 소는 점유가 침탈된 때로부터 1년 이내에 이를 제기하여야 함은 민법 제201조 제3항이 규정하는 바이므로, 그 소의 제기

가 그 기간 내임은 제소자에게 입증의 책임이 있다.

[참 조] 점유회수의 소는 침탈된 때로부터 1년 내에 제기하여야 한다(민법 제201조 제3항).

【제 1 심】 함흥지방법원 성진지청
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김병욱 외 1인
상고대리인 김기현
복대리인 홍우철
【피상고인】 황남웅 외 1인

위 당사자 간의 산지인도 청구사건에 관하여 1916년 10월 7일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 "본소 점유회수의 소라는 것은 소송취지에 의하여 명백하므로, 피항소인[1]이 갖는 본권이 물권인지 채권인지를 묻지 아니하고 그 본권에 관한 이유에 기하여 본소를 재판할 수 없음은 민법 제202조 제2항이 명규하는 바로서, 점유회수의 소에서의 원고는 자기가 점유를 갖는다는 사실, 그 점유는 피고로 인하여 침탈되었다는 사실 및 그 침탈은 제소된 때로부터 1년 내라는 사실을 함께 주장하고 또한 입증하여야 함은, 민법 제200조 제1항, 제201조 제3항에 비추어 의문이 없다. 따라서 살펴보면 피항소대리인은 항소인[2] 등은 본소가 제기된 1916년

1) 상고인, 원고
2) 피상고인, 피고

3월 10일 이전 1년 내에 피항소인 등으로부터 본소 산판의 점유를 침탈되었다고 주장하지만, 그 증거방법인 김상근의 증언에 의하여는 위 주장사실을 인정하기에 부족하고, 그 밖에 동일 사실을 명백히 인정하기에 충분한 증거는 하나도 없으므로, 본소 청구가 부당함은 실로 명백하다"라고 설명하고 상고인의 청구를 배척하였다. 위 판시는 피상고인이 상고인의 점유를 침탈한 것은 본소가 제기된 1916년 3월 10일 이전 1년 내라는 사실을 인정할 입증이 없음을 설명하고, 피상고인이 본건 산판의 점유를 침탈한 행위가 본소의 제기 전 1년 이내가 아니라는 사실, 즉 상고인의 본건 점유의 소송이 1년 기간경과 후 제기된 사실을 확정하지 아니하였음은 명백하다. 보통 점유회수의 소는 점유가 침탈된 때로부터 1년 이내에 제기하여야 함은 원판결의 설명과 같다고 하여도, 점유회수의 소에서의 원고의 소가 기간경과 후 제기된 이유로 원고의 청구를 배척하려면, 점유침탈의 시기 및 그 때로부터 1년을 경과한 사실을 확정하여야 한다. 그런데 원판결은 이러하지 아니하고, 단지 피상고인이 본건 산판의 점유를 침탈한 것은 본소 제기 전 1년 이내라는 사실을 인정할 증거가 없다는 이유로 바로 상고인의 청구를 배척한 것은 이유불비의 불법이 있다.

살피건대, 보통 점유회수의 소는 점유가 침탈된 때로부터 1년 이내에 이를 제기하여야 함은 민법 제201조 제3항의 규정에 의하여 명백하고, 본소는 점유회수의 소이므로 그 소의 제기가 본건 산판의 점유침탈의 시기로부터 기산하여 1년 이내임은 원고인 상고인이 입증할 책임이 있음은 두말할 필요가 없다. 원판결에 의하면 "피항소대리인(상고인)은, 항소인(피상고인) 등은 본소가 제기된 1916년 3월 10일 이전 1년 내에 피항소인 등으로부터 본소의 산판의 점유를 침탈하였다고 주장하지만, 그 증거방법인 김상근의 증언에 의하여는 위 주장사실을 인정하기에 부족하다. 그 밖에 동일 사실을 명인하기에 충분한 증거는 하나도 없으므로, 본건 청구가 부당함은 실로 명백하다"라고 설시하여, 원심은 상고인의 입증에 의하여는 본소가 피상고인의 점유침탈의 시기로부터 기산하여 1년 이내에 제기되었음이 명백하지 아니하다는 취지로 귀착된다는 것이고, 상고인의 청구를 배척한 원판결은 상당하고 아무런 이유불비의 불법이 없다. 본 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

137 신인금(信認金)반환 및 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제246호 1916년 12월 8일 판결〕

【판결요지】

1. 주식회사의 이사와 계약한 상대방이 그 이사가 회사를 대표할 권한이 없음을 안 후에 계약한 때에는, 그 계약체결의 일시는 개정 상법 실시(1911년 10월 1일) 후인지 그 이전인지를 묻지 아니하고, 회사가 이사의 대표권에 가해진 제한에 관하여 악의의 제3자에게 대항할 수 있는 법규가 전후 동일(상법 제170조 신구조문 참조)하므로, 그 계약체결의 일시의 부정확은 판결의 이유에 불비를 초래하지 아니한다(상고이유 제1점).

[참 조] 정관 또는 주주총회의 결의로 이사 중 회사를 대표하는 자를 정하지 아니하거나 수인의 이사가 공동하여 또는 이사가 지배인과 공동하여 회사를 대표하는 것을 정하지 아니한 때에는, 이사는 각자 회사를 대표한다.
제30조의2 제2항 및 제62조의 규정은 이사에게 준용한다(상법 제170조).
이사는 각자 회사를 대표한다.
제62조의 규정은 이사에게 이를 준용한다(상법 구제170조).

【제 1 심】 부산지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 전촌정차랑(田村禎次郎, 다무라)
소송대리인 대구보아언(大久保雅彦, 오오쿠보)
같은 대리인 좌좌목청강(佐佐木情綱, 사사끼)
【피상고인】 비전(肥前, 히젠)전기철도 주식회사

법률상대리인 사장 이사 고취이호(高取伊好, 다까도리)

위 당사자 간의 신인금반환 및 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 8월 29일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 "갑 제5호증에 의하면, 그 계약성립의 일시는 1911년 7월 3일이지만, 같은 호증은 위 같은 날 이후 날짜를 소급하여 작성된 것임은 증인 강두여일(江頭與一, 에가시라)의 신문조서의 기재에 의하여 인정하기에 충분하다"라고 판시하고, 마지막으로 "항소인[1] 및 제등직태랑(齊藤直太郎, 사이또)은 늦어도 1911년 7월 하순에는 이미 상기와 같이 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)에게 대리권한이 없음을 알고, 그 후 1, 2개월 이내에 갑 제5호증의 계약을 하였다고 추정하지 아니할 수 없다"고 판시하여, 소위 1, 2개월 이내에 작성되었다는 인정은 아무런 증거 없이 한 것이다. 만일 증인 강두(江頭, 에가시라)의 증언에 의하면 11, 12월 중에 작성되었다는 진술에 관하여, 이로써 7월 하순의 1, 2개월 이내라는 증거로 할 수는 없다. 가령 7월 3일이란 소급하여 기재한 것이라고 하지만, 7월 하순 이전이 아니고 판시에 따라 아직 선의라고 하여야 한다. 따라서 7월 하순의 전인지 후인지는 본건에 관하여 중요한 쟁점이므로, 증거에 의하여 판단하여야 한다. 그럼에도 원심은 아무런 증거이유를 제시하지 아니하고 만연히 7월 하순 이후의 1, 2개월 이내에 작성되었다고 판시한 것은, 이유불비의 타당하지 아니한 것이라고 사료한다.

---

1) 상고인, 원고

살피건대, 원심판결에 원용된 증인 강두여일(江頭與一, 에가시라)의 신문조서 중 "판사는 … 이때 갑 제5호증의 사본을 보이고 …, 문: 증서는 1911년 7월 2일부로 되어 있는데 증서의 날짜대로 작성된 것인가, 답: 증서를 제가 쓴 것은 1911년 11월말부터 같은 해 12월 20일까지의 사이라고 기억하고 있습니다. 11월인가 12월경에 작성한 서면을 특히 7월 2일부로 하였으므로 저는 그때 약원(若元, 와까모또)에게 왜 7월 2일로 소급하였는지 주의하였는데, 약원(若元, 와까모또)은 그대로 좋으니까 그대로 만들어 달라고 말하여서 저는 주인의 명령이므로 그 말하는 대로 만들었습니다"라는 기재가 있다. 갑 제5호증의 작성이 그 날짜 이후의 소급 기재인 사실은 이를 인정할 수 있다. 뿐만 아니라 원심은, 그 원용한 갑 제24호증 내지 제28호증에 의하여 인정되는 상고인의 공동자 겸 대리인인 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또)은, 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)과 함께 1911년 7월 하순 동경시내인 사장 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)의 집에서 같은 사람에 대하여 재삼 본소의 도급계약에 관한 담판을 시도한 사실과 그 밖의 증거를 종합하여, 상고인 및 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또)은 늦어도 1911년 7월 하순에는 이미 상기와 같이 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)에게 대리권한이 없음을 알고, 그 후 1, 2개월 이내에 갑 제5호증의 계약을 한 사실을 인정한 것이다. 그리고 상기 원심이 원용한 각 증거 중 갑 제25호증 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또)으로부터 상고인 앞으로 1911년 7월 21일 수신의 소인이 있는 서신에는 "웅곡(熊谷, 구마가야)씨 어제 코오베로 와서 약원(若元)씨와 상담한 결과, 암곡(岩谷, 이와다니)씨에게 면회하기 위하여 오늘 아침 동경으로 출발하고 나도 같이 출발" 운운의 기재가 있다. 같은 제27호증 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또)으로부터 상고인 앞으로 같은 해 8월 1일 수신의 서신에 "같은 해 7월 24일 제등(齊藤, 사이또)은 웅곡(熊谷, 구마가야), 약원(若元, 와까모또)과 함께 사장 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)의 집에 이르러 면회하고, 먼저 약원(若元, 와까모또)으로부터 회사성립 후 추인계약을 한 것을 말하자, 암곡(岩谷, 이와다니)은 추인하는 것에 관하여는 일단 중역회의를 열어 다시 사장의 승낙도 얻어 하는 것이 일반 회사의 규정이다 …, 따라서 현재 계약을 일단 해제하고 다시 상담을 한다는 취

지”의 기재가 있다. 그 밖에 원심 원용의 각 증거를 종합하여, 상고인 및 제등직태랑(齊藤直太郎, 사이또)은 같은 해 7월 하순에는 이사 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)의 대리권한에는 제한이 있고, 같은 사람은 회사를 대표하여 계약 등을 체결할 권한이 없음을 알고 있었던 사실, 및 상고인 등은 약원(若元, 와까모또)에게 그 권한이 없음을 알면서 같은 해 7월 하순 이후에 본건 갑 제5호증의 계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다. 그러나 당해 계약체결의 일시가 7월 하순 이후 1, 2개월 이내인 것에 관하여는 하나도 이를 인정할 증거가 없으므로, 원심이 그 시기를 7월 하순 이후 1, 2개월 이내라고 인정한 것은 타당하지 아니하다고 하여도, 원심 원용의 증거에 의하면 위 계약의 체결이 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)에게 권한이 없음을 안 7월 하순 이후임을 인정할 수 있는 것은, 앞의 설명과 같다. 그리고 원심이 인정한 바도 역시 그 계약체결이 약원(若元, 와까모또)에게 권한이 없음을 안 7월 하순 이후가 된다고 한 것임은 원판결문상 명백하고, 그 계약체결이 대리권의 제한을 안 후라는 것 이외에, 또한 그 일시를 확정하는 것이 본건의 당부를 결정하는데 중요한 관계를 가질 때에는, 상기 원판결의 하자는 파기의 이유가 됨은 두말할 필요가 없다. 그러나 이미 원심이 본건 계약의 체결은 상고인 등이 회사를 대표할 권한이 없음을 안 후의 것임을 인정한 이상은, 1, 2개월 이내에 체결한 것인지 알 수 없고, 개정 상법 실시(1911년 10월 1일) 이후에 체결된 것이라고 하여도, 이사의 대표권에 가해진 제한에 관하여 악의의 제3자에게 대항할 수 있다는 법규가 동일함은, 개정 전의 상법 제170조의 규정과 개정 상법 제170조의 규정을 대조하여 명백하므로, 원심에서 본건 계약이 상고인 등이 약원(若元, 와까모또)에게 그 권한이 없음을 안 후에 체결된 것임을 인정한 이상은, 피상고 회사[2]는 그 이사인 약원(若元, 와까모또)에 대한 그 대리권의 제한으로 상고인 등에 대항할 수 있어 본건 계약은 피상고 회사에 대하여는 전적으로 무효가 되는 것이고 피상고인[3]의 본소 청구는 이를 배척하기에 충분하다. 상고인 등

2) 피고, 피항소인
3) 문맥상 상고인의 오기로 보인다.

이 약원(若元, 와까모또)에게 권한이 없음을 안 이후에 본건 계약을 체결한 일시와 같은 것은, 본소의 당부를 결정하는데 중요한 관계를 갖는 것이 아니다. 그렇다면 원심이 그 일시를 1911년 7월 하순 이후 1, 2개월 이내라고 인정하고, 특히 1, 2개월 이내라고 한정한 점은 타당하지 아니하다고 하여도, 그러한 사항은 본소의 당부에 영향을 미치지 아니하므로 이로써 원판결 파기의 이유로 하기에 부족하다. 또한 원심은 상기와 같이 본건 계약의 체결을 같은 해 7월 하순 이후로 인정한 것이므로, 그 이전은 상고인 등이 선의라고 하여도 상기 갑 제5호증의 계약이 무효라는 것에 아무런 영향을 미치지 아니하므로 "7월 하순 이전이라면 판시에 따라 선의라고 하여야 한다"라는 논지는 원판결을 비난하는 이유가 되지 아니한다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 "을 제15호증 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)의 신문조서 중 …, 이사로서 갑 제5호증의 계약을 하였다는 취지의 기재"라고 하지만, 위 을 제15호증 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)의 조서에는 "위와 같은 계약 또는 추인 등을 한 바입니다"라고 되어 있고, 갑 제5호증의 계약을 하였다는 기재가 없다. 또는 "추인 등"을 하였다는 기재로 위 추인이란 갑 제5호증이라고 해석한 것이라면, 그 취지를 설명할 필요가 있다. 그런데 아무런 설시하는 바가 없다. 결국 허무의 증거에 의하여 사실을 판시한 것이 되고, 이유불비로 타당하지 아니하다.

살피건대, 을 제15호증 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)의 신문조서 중 "문: 회사의 정관에 의하면 사장이 회사를 대표하고 있는 것으로 되어 있는데, 피고는 왜 상무이사로서 회사를 대표하여 제3자인 전촌정차랑(田村禎次郎, 다무라), 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또), 기부육장(磯部六藏, 이소베) 그 밖에 전회 신문한 것과 같이 수많은 제3자에 대하여 계약 및 추인 등을 하였는가? 답: 그것은 창립시대부터 창립비조달을 위하여 위와 같은 자로부터 금전을 차용하고 그 대차로서 일면 회사성립 후에는 회사에 필요한 재료구입 및 토목공사도급 등을 하게 할 예약을 한 바, 회사가 성립 후 그 창립비로서 차입한 금전을 지급하지 아니하므로 상대방이 그 이행의 독촉을 하고 회사에게 계약의 승낙을 구하였지만, 이것을 승낙하여 주지 아니하므로 부득이 저는

창립위원으로서 처음부터 관계하고 있었기 때문에, 정관에 불구하고 이사의 자격으로 위와 같은 계약 또는 추인을 한 바입니다. 그런데 정관에 위배하여 이 계약을 한 것은 동료 이사에 대하여 독단적인 행위가 됨은 자인하고 있었으므로, 책임을 지고 사임할 것을 결심하고 동시에 다른 이사 일동도 창립시대의 관계를 양해하여 제3자에 대한 계약을 승계하는 것에 쌍방 일치하여, 당시 사장 무부국삼랑(武富國三郞, 다케또미), 감사 희야통소(嬉野通韶, 우레시노)를 중재인으로 하여 상기 제계약을 회사에 인계한 것입니다" 운운의 진술기재가 있다. 그리고 갑 제5호증은 추인계약서로 제명하고 "1911년 3월 7일로 체결된 비전(肥前, 히젠)전기궤도 주식회사 상무이사 약원구지진(若元龜之進, 와까모또), 같은 감사 희야통소(嬉野通韶, 우레시노)와 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또), 전촌정차랑(田村禎次郞, 다무라)의 사이의 계약에 아래의 조항을 추인한다. 1, 비전(肥前, 히젠)전기궤도 주식회사는 공사시행인가와 함께 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또), 전촌정차랑(田村禎次郞, 다무라)과 본계약을 체결한다. 1, 본계약체결 후 제등(齊藤, 사이또), 전촌(田村, 다무라)은 회사의 규정에 따라 바로 공사에 착수하고 지체없이 완성하여야 한다 …"의 기재가 있으므로, 이를 본다면 상기 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)의 진술 중 "이사의 자격으로 위와 같은 계약 또는 추인 등을 한 바입니다"라고 되어 있는 계약 또는 추인 중에는, 본건 갑 제5호증의 계약도 포함하여 한 진술이라고 해석할 수 있다. 따라서 원판결에서 상기 을 제15호증의 기재를 원용하여 "항소인(상고인) 등은 자신과 한 회사성립 전의 계약의 이행을 구하여 온 것이므로, 자신은 회사에 대하여 당해 계약의 승인을 구하였지만 거절되었으므로 정관에 위배된 독단적인 행위임을 알면서, 이사로서 갑 제5호증의 계약을 하였다는 취지의 기재"라고 적기한 것이고, 허무의 증거를 채용한 위법이 있다고 말할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심은 "을 제18호증 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)의 신문조서 중 … 자신은 그 후 같은 사람이 독단으로 추인계약(갑 제5호증)을 하였는지의 여부를 묻지 아니하였지만, 그러한 계약을 하려면 먼저 중역회의의 결의를 거칠 필요가 있다 …"이라고 판시하였다. 이에 따라 을

제18호증 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)의 신문조서를 본다면, “구지진(龜之進)이 새로이 위와 같은 계약을 체결한 것은 듣지 못하였지만” … 으로 되어 있고, 추인계약이라거나 갑 제5호증이라고도 기재되어 있지 아니하다. 게다가 이러한 기재가 있는 것 같은 판시를 하여 상고인의 주장을 배척한 것은 이유불비로 타당하지 아니하다.

살피건대, 을 제18호증 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)의 신문조서 중 “문: 회사내부의 규정 상 회사를 대표하여 업무를 집행하는 자는 누구인가, 상무이사 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)은 회사를 대표하여 제3자와 법률행위를 할 권한이 있는가? 답: 저는 회사의 3만 주 중 2만 주의 실권으로 사장이므로 만사 저에게 상담하지 아니하고 회사의 업무를 집행하는 것은 불가능한 것으로 되어 있으므로, 상무이사 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)은 회사를 대표하여 제3자와 법률행위를 할 권한은 없습니다. 문: 구지진(龜之進)이 회사창립시대 중에 제등직태랑(齊藤直太郎, 사이또), 전촌정차랑(田村禎次郞, 다무라), 기부육장(磯部六藏, 이소베), 장촌호작(長村虎作, 나가무라), 합자회사 고전(高田, 다까다)상회, 증전이삼랑(增田伊三郞, 마스다) 등과 체결한 대차공사도급, 전주전기기계류 공급계약 등을 회사성립 後 구지진(龜之進)이 상무이사의 자격으로 이를 추인하거나 새로이 이러한 계약을 체결한 것은, 구지진(龜之進)이 정당하게 회사를 대표하여 업무를 집행한 것인가, 또한 이사의 자격을 남용한 것인가? 답: 1910년경 회사의 성립 후에 저는 회사창립 중에 회사성립 전에 질문하신 것과 같은 것을 하였으므로 그것을 승인하여 달라고 하여 부탁받았지만, 저는 왜 창립총회 때에 말하지 않았는가, 회사성립 전에 왜 그러한 것을 하였는가 이해할 수 없다. 심히 문제가 있는 것이 아닌가. 단연코 승인할 수는 없다고 말하였으므로, 구지진(龜之進)이, 상무이사로서 추인의 자격이 없는 구지진(龜之進)이 새로이 위와 같은 계약을 체결한 것은 듣지 못하였지만, 만일 새로이 계약을 체결하려면 중역의 결의를 거쳐야 하므로 구지진(龜之進)이 상무이사로 그러한 계약을 체결하는 것은 불가능할 뿐만 아니라 같은 사람은 정당하게 회사를 대표하여 업무를 집행하는 것은 아닙니다”라는 기재가 있다. 그리고 갑 제5호증은 추인계약서로 제명하고, 1911년 3월 7일로 체결된 비전(肥前, 히젠)전기궤도 주식회

사 상무이사 약원구지진(常若元龜之進, 와까모또), 같은 감사 희야통소(嬉野通韶, 우레시노)와 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또), 전촌정차랑(田村禎火郞, 다무라)의 사이의 계약에 다음과 같은 조항을 추인한다. 1. 비전(肥前, 히젠)전기궤도 주식회사는 공사시행인가와 함께 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또), 전촌정차랑(田村禎次郞, 다무라)과 본계약을 체결한다. 1. 본계약체결 후 제등(齊藤, 사이또), 전촌(田村, 다무라)은 회사의 규정에 따라 바로 공사에 착수하고 지체없이 완성하여야 한다 …"이라는 기재가 있으므로, 상기 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)의 진술 중 "구지진(龜之進)이 새로이 위와 같은 계약을 체결한 것은 듣지 못하였고 …"이라는 위와 같은 계약은, 신문한 구지진(龜之進)이 회사창립시대 중에 제등(齊藤, 사이또), 전촌(田村, 다무라) 그 밖의 자등과 체결한 대차공사도급계약 등을 회사성립 후 상무이사의 자격으로 이를 추인하거나 새로이 이러한 계약을 체결한 것은 운운의 답에 해당하고, 그 소위 "위와 같은 계약"에는 본건 갑 제5호증의 계약도 포함하여 한 진술이라고 해석할 수 있어, 원판결에서 상기 을 제18호증의 기재를 원용하여 "자신은 피항소 회사의 총주 3만 주 중 2만 주를 갖고 그 사장이므로, 회사의 업무는 만사 자신의 승인을 거치지 아니하면 집행할 수 없다. 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)은 항소인(상고인) 등과 회사성립 전에 한 계약의 승인을 구하여 왔지만, 자신은 왜 그러한 계약을 하였는지, 또한 왜 창립총회에 자문하지 아니하였는지 힐책한 다음, 단연코 그 승인을 거절하였다. 자신은 그 후 같은 사람이 독단으로 추인계약(갑 제5호증의 계약)을 하였는지의 여부를 듣지 아니하였지만, 그러한 계약을 하려면 먼저 중역회의의 결의를 거칠 필요가 있다. 같은 사람은 상무이사로서 독단으로 그러한 계약을 할 수 없다는 취지의 기재"라고 적기하고, 이를 판단의 자료로 제공한 것은 허무의 증거를 채용한 위법이 있다고 말할 수 없다. 논지는 이유가 없다.

추가상고이유는 다음과 같다.

원판결은 그 이유에서 본소 청구의 원인이 갑 제5호증의 계약에 있음은 소의 취지에 의하여 명백하다고 판시하였다. 다음으로 갑 제5호증은 항소인 및 제등직태랑(齊藤直太郞, 사이또)이 약원구지진(若元龜

之進, 와까모또)에게 대리권한이 없음을 알면서 그 날짜인 1911년 7월 3일 이후 1, 2개월 이내에 날짜를 소급 기재하여 이를 작성한 것으로, 피항소 회사에 대하여 무효인 것이라고 판단하였다. 원래 본소의 손해금청구는 갑 제5호증의 계약에 기인하는 것임은 원판시와 같지만, 신인금반환의 청구는 단지 갑 제5호증의 계약에 기인하는 것이 아니다. 갑 제5호증의 계약이 무효가 되어도 갑 제4호증으로 유효가 된다. 피항소 회사가 항소인과 공사도급계약을 체결하지 아니한 경우에 신인금의 반환을 청구할 수 있음은 두말할 필요가 없는 바이다. 그런데 원판결은 이러한 중요한 쟁점을 판단하지 아니하고 항소인의 청구를 배척한 것은 불법하다.

살피건대, 원심의 구술변론조서 및 그 인용한 제1심판결의 사실적시에 의하면, 본건 상고인이 주장하는 바는 "소외 약원구지진(若元龜之進, 와까모또) 및 희야통소(嬉野通韶, 우레시노)는 1910년 11월 중 피상고 회사의 창립위원으로서 상고인 및 소외 제등직태랑(齊藤直太郎, 사이또)으로부터 피상고 회사의 설립비용금 5,000원을 차용하고, 보수로서 피상고 회사의 성립 후에는 그 궤도 제1기선의 토목공사를 수의계약으로 상고인 등에게 도급한다는 것으로 창립총회에 사무인계를 하여야 하고, 창립총회가 승인하지 아니할 때에는 차용금에 이자를 붙여 변제하여야 한다는 취지를 상고인 등과 계약하였다. 1911년 2월 18일의 창립총회에 의하여 피상고 회사가 성립하고 소외 암곡송평(岩谷松平, 이와다니)은 사장 이사에, 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)은 이사에 선임된 바, 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)은 이사로서 상고인 등에 대하여 같은 해 3월 7일 앞서 가계약을 하였는데, 드디어 회사가 성립하였으므로 설계도면 완성 후에는 피상고 회사와 제1기선의 토목공사를 계약금 30만 원으로 수의계약에 의하여 도급한다는 취지 및 같은 달 10일 상기 차용금 5,000원은 신인금으로 변경하고 피상고 회사에 예치하는 것으로 한다는 취지로 계약하였다. 다음으로 같은 해 중 그 내용의 공사시행인가가 있을 때에는 바로 제1기선 토목공사의 도급에 관한 본계약을 체결하여야 하는 것을 상고인이 위약할 때에는, 종래 피상고 회사에게 제공한 신인금 5,000원은 위약금으로서 피상고 회사의 소득으로 하는 것 및 피상고 회사가 위약할 때에는 피상고 회

사는 손해배상으로서 금 30,000원을 지급하는 이외에 신인금 5,000원을 반환한다는 등의 갑 제5호증이라는 소위 추가계약을 하였다. 그러나 피상고 회사는 그 후 제1기선 토목공사의 시행인가를 받고 당해 공사를 소외인에게 도급하였다. 그리고 상고인은 상기 제등직태랑(齊藤直太郎, 사이또)으로부터 갑 제5호증의 계약에 기한 채권의 양도를 받았다는 것이다”라는 것이다. 상고인의 청구는 위 갑 제5호증의 계약에 기한 권리를 원인으로 한 것임은 명백하다. 그리고 상고인이 상기 주장을 입증하기 위하여 원심에 제출한 갑 제4호증은 상기 약원구지진(若元龜之進, 와까모또)이 상고인 등으로부터 차용한 금 5,000원을 신인금으로 변경하여 이를 피상고 회사에 예치한다는 취지의 증서로, 본소 청구의 원인인 갑 제5호증의 계약의 성립에 이르는 경로에 관한 증거임에 불과하다. 따라서 원심에서 본건 주요 쟁점인 갑 제5호증의 계약에 관하여 피상고 회사에게 채무부담의 의무가 없다고 판단하고, 계약이 있는 이상은 신인금반환청구가 인용될 수 없음은 당연하다. 특히 갑 제4호증의 계약의 유효, 무효에 관하여 판단할 필요가 없으므로, 원판결이 이를 설시하지 아니하여도 위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

138 강제집행이의청구에 관한 건
〔대정5년민상제256호 1916년 12월 8일 판결〕

【판결요지】

1. 전답에 자라는 일정한 벼 그 밖의 농작물을 그대로 매매한 때에는 그 매매의 목적물은 확정물이고 또한 부동산이다(상고이유 제1점).

1. 토지 및 건물 이외의 부동산물권에 관한 득실변경을 제3자에게

대항하려면, 그 득실변경의 사실을 표시하는 어떤 방법을 채용할 필요가 있다. 그 방법으로서는 특별한 징표를 붙여 타인으로 하여금 이를 명인시킬 수 있기에 충분한 공시방법을 취하거나, 또는 인도의 방법을 취하는 경우에는, 이로써 대항요건을 갖추었다고 인정함이 타당하다 (상고이유 제2점).

【제 1 심】 평양지방법원 초산지청
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 김문화
소송대리인 문봉의
【피상고인】 송태용

위 당사자 간의 강제집행이의사건에 관하여 1916년 9월 20일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심은 갑 제1호증, 같은 제5호증 및 전희방, 전봉인, 전희옹, 전용삼, 최건영 등의 증언을 근거로 하여 1915년 음 8월경 전희옹이 그 소유하는 벼를 자라는 채로 344석으로 견적하고, 그 외에 조 4석, 콩 2석과 함께 이를 대금 944원 80전으로 항소인(피상고인)[1]에게 매도하고, 그 대금으로 전희옹이 항소인에게 지급하여야 할 채무와 상계하고 운운이라고 판단하였다. 그러나 갑 제1호증은 벼 344석, 조 4석, 콩 2석의 특정물을 1915년 음 8월 23일부로 매매된 것이고, 결코 불확정물을

1) 원고

견적하여 이를 매매의 목적물로 한 것이 아니다. 그리고 같은 호증에 매도인 전희옹으로 기재하고 그 밑에 같은 사람의 인영이 나타나지만, 증인 전희옹의 진술에 의하면 자신은 갑 제1호증을 제출한 것이 아니고 오늘 처음으로 보았으며, 동생 희방이 제출한 것이다 운운이라고 한다. 과연 그렇다면 갑 제1호증 즉, 곡류매도증서는 유효하게 성립한 것이라고 시인할 수 없다. 뿐만 아니라 보통 동산의 매매는 우선 특정물이라는 것, 두 번째 당사자의 진의의 의사가 필요한 것이고, 본건 계쟁물의 매매 당시에는 당해 전답에서 얼마만큼의 물건이 생산되는가를 예상할 수 없는 정황이라면 그 매매의 목적물은 모두 불확정물이 되는데, 마치 확정물이 되는 것과 같이 수량 및 대금을 정하고 또한 확정물을 소작인에게 맡기는 것과 같은 갑 제2, 3, 4호증을 작성한 것은, 피상고인이 전희방과 통모하여 한 허위의 의사표시이다. 그러한 허위의 의사표시는 법률상 당연무효일 뿐만 아니라, 그 매매의 의사표시는 과연 소유자 전희옹이 한 것인지, 아니면 전희방이 전희옹의 대리로서 대리권 범위 내에서 한 것인지 도무지 불명이다. 그런데 원심은 만연히 갑 제1호증을 유효라고 인정하고, 피상고인의 청구를 시인한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 갑 제1호증은 원심에서 상고인[2]이 그 확정일부만을 인정하고 그 밖에 부지로 답변한 것이다. 그러나 같은 증은 제3자인 전희옹의 작성명의로 된 매도증서이므로 상고인의 부지의 답변에 의하여 바로 그 증거력을 상실하는 것이 아니다. 뿐만 아니라 증인 전희옹의 제1심에서의 진술은, 저는 피상고인으로부터 제1회에 금 500원, 제2회에 금 100원 합계 금 600원을 차용하고 변제불능이 되어, 그 차금을 변제하기 위하여 1915년 음 8월 14일 당시 후창군에 있는 사택에 와 있던 내 동생 전희방에게 강계군 종서면 종포리 소재 사유전답의 곡물을 베어내기 전에 그 자라는 채로 그 매각을 위임한 일이 있고, 갑 제1호증은 자신이 직접 제출한 것이 아니며 오늘 처음으로 본 것이지만 거기에 상위가 없다고 말하는 것이다. 그렇다면 같은 사람이 같은 호증의 작성을 부정하는 취지가 아니므로 그 성립을 인정할 수 있다.

2) 피고, 피항소인

따라서 원심이 그 성립을 인정하여 판단의 자료로 사용한 것은, 증거의 취사에 관한 원심의 직권행사이므로 같은 호증의 성립을 인정할 수 없다고 하는 논지는 이유가 없다. 또한 같은 호증에는 매도증이라고 제명하고 “1915년 음 8월 23일부 매도인 전희옹 명의, 매수인 송태용 앞, 본인 소유 강계군 종서면 종포리 상하 전답 생산물을 아래의 가격에 의하여 귀하에게 매각한다. 1915년 음 9월 말일 계두(計斗) 출급일에 이르러 석수 및 두량을 아래의 표준과 같이 틀림없이 출급할 것. 하기 1, 벼 344석 대금 928원 80전, 조 4석 대금 12원, 콩 2석 대금 5원, 위 합계금 944원 80전 중 금 935원 80전은 차용금과 상계하고, 잔금 9원은 직접 영수한다”라는 기재가 있다. 이에 원심인용의 그 밖의 증거를 종합하면, 전희옹은 미리 피상고인에 대하여 500원 및 100원의 2개의 대금채무를 부담하고, 1915년 음 8월경 원리금 930여 원에 이른바, 당시 같은 사람은 강계군의 고향을 나와 후창군에 가 있었으므로, 그 동생 전희방이 같은 사람의 위임을 받아 같은 호증 기재의 전답에서 자라고 있는 같은 사람 소유의 벼를 그 자라는 채로 344석이라고 견적하여, 그 이외에 조 4석, 콩 2석의 농작물과 함께 이를 대금 944원 80전으로 피상고인에게 매각하고, 그 대금으로 위 대금의 원리금과 상계하며 잔액을 수령하여 양자 간의 거래관계를 종료시킨 점 및 본소의 목적물은 벼의 일부에 해당하는 것임을 인정할 수 있다. 따라서 원심이 그러한 증거를 종합하여 그 사실을 인정한 것은, 증거판단 및 사실인정에 관한 원심의 직권행사에 해당한다. 그리고 매매계약의 목적물은 특정물을 그 목적으로 한 경우인지, 불특정물을 그 목적으로 한 경우인지를 묻지 아니하고 확정하거나 확정할 수 있는 것임을 요함은 두말한 필요가 없는 바이다. 그러나 원심인정의 위의 사실에 의하면 그 전답에 자라는 일정한 벼 그 밖의 농작물을 그 자라는 채로 매매한 것이므로, 가령 그 장래에 있어서의 수확량과 같은 것은 그 수확시기에 이르러 지상으로부터 분리하여 동산이 된 후 계량하지 아니하면 확정할 수 없지만, 위 매매계약은 그 수확량의 여하에 관계없이 그 전답에 자라는 일정한 벼 그 밖의 농작물로서 그 목적물로 한 것이고, 위 매매계약의 목적물은 확정물인 동시에 부동산(당원 대정5년민상제67호, 1916년 4월 25일 판결 및 대정5년민상제242호, 1916년 11월 28

일 판결 참조)이다. 갑 제2호증 내지 제4호증은 원심에서 채용하지 아니하는 바이다. 그런즉 갑 제1호증에 의한 매매계약으로 불확정물의 매매라고 하고, 또는 동산의 매매라고 하여 그 전제하에 같은 호증은 갑 제3호증 내지 제4호증과 함께 피상고인과 전희방이 통모하여 한 허위의 의사표시이고 당연무효라고 한 운운의 논지는, 필경 자신의 의견에 기하여 원심의 직권에 속하는 증거의 취사판단 및 사실인정을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다. 또한 갑 제1호증의 기재는 상기와 같은 것이고 매도명의인 전희옹의 동생 전희방이 전희옹의 대리인으로서 하였다는 취지의 기재는 존재하지 아니한다. 그러나 원심이 인용하는 갑 제5호증 즉, 전희옹으로부터 송태용(피상고인) 앞으로의 편지에, 귀하에 대한 채무금의 기한이 지난 지 오래 되었고 아직 보상하지 아니하여 실로 안심할 수 없는 바이므로, 금년에는 수운(數運) 불길하고 사업 실패하여 부득이 금년 추수곡물로 가격을 정하여 인도하기를 바라고, 단가의 협의 및 매도의 성약에 관하여는 동생 희방에게 모든 것을 위임하고 인장도 송부하였으므로 계약을 확정하고 싶다 운운의 기재, 제1심 증인 전희방의 저는 피상고인으로부터 제1회에 금 500원, 제2회에 금 100원 합계 금 600원을 차용하고 변제불능이 되어 그 차금을 변제하기 위하여 1915년 음 8월 14일 당시 후창군에 있는 사택에 와 있던 동생 전희방에게 강계군 종서면 종포리 소재 사유전답의 곡물을 베어버리기 전 자라는 채로 그 매각을 위임하였고, 갑 제1호증은 자신이 직접 제출한 것이 아니라 오늘 처음으로 본 것이지만, 사실은 그것과 상위가 없고 갑 제5호증은 저의 동생 전희방을 대리인으로 하여 이에 위임할 때 같은 사람에게 가져가게 한 제가 피상고인 앞으로 보낸 편지에 틀림없다는 취지의 진술, 제1심증인 전희방의 저는 형 전희옹으로부터 갑 제5호증의 편지를 받아 이를 피상고인에게 건네고, 또한 형으로부터 구두위임을 받아 본건 곡물을 답에 있는 채로 피상고인에게 매각하였다는 취지의 진술 및 그 밖에 원심인용의 증거를 종합할 때에는, 전희방이 전희옹의 위임을 받아 그 대리권한 내에서 상기의 매매를 한 것임을 인정할 수 있다. 따라서 원심이 그 증거를 종합하여 그 사실을 인정한 것은 증거의 취사판단 및 사실인정에 관한 원심의 직권행사에 해당하고, 갑 제1호증만으로는 그 대리권한 내

에서 한 것임은 불명이므로, 바로 같은 호증을 무효로 인정하여야 하는 것이 아니다. 그러므로 원심이 이를 채용하여 다른 증거와 종합함으로써 상기의 사실을 인정한 것은 상당하므로, 상고인이 갑 제1호증에 의한 매매의 의사표시는 과연 소유자 전희옹이 한 것인지 또는 전희방이 전희옹의 대리인으로서 그 대리권한 내에서 한 것인지 도무지 불명인데, 원심은 만연히 갑 제1호증을 유효로 인정하고 운운의 논지는, 필경 원심의 직권행사를 비난하는 것이 되므로 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심은 본소의 목적물인 벼의 압류 당시 항소인의 소유임은 명료할 뿐만 아니라, 그 권리가 압류 전 이미 전희옹으로부터 항소인에게 이전되었다고 판단하였다. 그러나 보통 전답으로부터 자라는 곡물은 그 전답으로부터 떠나 소작인으로부터 전답주에게 인도한 때에 비로소 전답주가 그 소유권을 취득하는 것이다. 그런데 본건의 곡류도 소작인 전용삼으로부터 전답주인 전희옹에게 인도된 사실은 기록상 하나도 근거할 바가 없고, 그 곡류의 소유권이 언제 전답주인 전희옹에게 이전되었는지 또한 전희옹으로부터 언제 피상고인에게 이전되었는지 역시 이를 증명하는 바가 없다. 그런데 원심이 그 소유권이전의 효력에 관한 중요사항을 간과한 것은 심히 타당하지 아니할 뿐만 아니라, 가령 전희옹과 피상고인과의 사이에 있어서의 본건 곡류의 매매는 진실 합의 후에 성립하였다고 하여도, 그 매매는 벼가 자라는 채로 견적한 것임은 원판결의 설명에 의하여 명백하므로, 그 곡류는 전답으로부터 분리되기 전에 매매된 것은 논할 필요가 없다. 따라서 각 소작인으로부터 이를 베어내고 전희옹에게 인도한 때에 비로소 전희옹의 소유물이 되고, 또한 같은 사람으로부터 피상고인에게 인도한 때에 비로소 피상고인의 소유물이 된다. 그런데 본건의 곡류는 제1점에서 설명한 것과 같이 전희옹이 피상고인에게 매각한 일이 없을 뿐만 아니라, 각 소작인으로부터 전희옹에게, 전희옹으로부터 피상고인에게 전전 인도한 일이 없고, 또한 전희옹은 각 소작인에 대하여 본건의 곡류를 피상고인에게 인도하라는 통지를 한 적도 없으며, 압류 당시 여전히 전희옹의 소유였음은 증인 좌등금차랑(佐藤金次郎, 사또우)의 진술 중 전희옹의 소유임은 전용삼 및 각 소작인의 신청에 의하여 명백하다. …

라는 것에 의하여 명료하다. 따라서 그 소유권은 피상고인에게 이전되지 아니한다(명치25년대심원제624호 판례 참조). 생각건대, 유체동산의 매매는 현실로 물건의 수수를 하고 그 소유권의 이전을 표시하지 아니하면, 가령 매매의 합의가 성립하여도 제3자에게 대항하여 유효하게 소유권의 이전을 주장할 수 없다. 그런데 원심이 합의에 의하여 소유권을 이전하는 것이라고 하고 물건의 인도가 있었는지의 여부의 점을 간과한 것은 타당하지 아니하고, 파기를 면할 수 없다. 보통 동산에 관한 물권의 양도는 현실로 그 동산의 인도가 없으면 이로써 제3자에게 대항할 수 없는 법칙인데, 원심이 인도하지 아니한 곡물의 소유권이 피상고인에게 이전하였다고 판단한 것은, 요컨대 민법 제178조에 위반한 불법인 판결이다.

살피건대, 원심구술변론조서 및 제1심판결 사실적시에 의하면, 피상고인은 1915년 음 8월 23일 전희옹으로부터 매수한 물건 중 본건 벼를 상고인이 전희옹에 대한 강제집행을 위하여 1915년 11월 28일 압류하여 그 강제집행은 이를 허용하지 아니한다는 판결을 구한다고 하고, 상고인은 그 압류된 본건 벼는 전희옹의 소유이고, 피상고인과 전희옹과의 사이에 있어서의 매매는 허위이므로 피상고인의 청구에는 응하기 곤란하다고 하고 다투었다. 따라서 본건 벼가 전희옹의 소유이었음은 당사자 간에 다툼이 없고, 단지 압류 전 피상고인이 전희옹으로부터 이를 매수하였는지의 여부에 관하여만 다툼이 있는 것에 그치는 것이다. 그러므로 전희옹의 소유권취득의 원인사실에 관하여 판단할 필요가 없음은 명백하고, 이를 간과하여 타당하지 아니하다는 논지는 이유가 없다. 또한 전희옹과 피상고인과의 사이에 있어서의 매매의 사실은, 상고이유 제1점에서의 설명 중에 이를 다루고 또한 그 매매계약은 전답에 자라는 일정한 벼 그 밖의 농작물을 그 자라는 채로 매매한 것이므로, 동산의 매매가 아니고 부동산의 매매라는 것도 역시 같은 상고이유에서 이를 설시하였다. 그리고 조선부동산등기령 및 조선부동산증명령에서는 토지 및 건물만의 등기 및 증명에 관하여 규정하고, 그 밖의 부동산에 관하여는 아무런 규정도 하지 아니한다고 하여도, 이미 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경에 관하여 등기 또는 증명으로 대항요건으로 하고, 또한 동산에 관하여도 인도로 그 대항요건으로

한 법의에 비추어 고찰할 때에는, 그 규정을 하지 아니한 다른 부동산에 관하여 당사자의 의사표시만에 의하여 당연히 물권의 득실 및 변경으로 제3자에게 대항할 수 있다는 것은, 거래의 안전을 도모할 수 없으므로 정당한 이익을 가지는 제3자에 대항하기 위하여는 적어도 이에 관한 물권의 득실변경 사실을 표시하는 어떤 방법을 취하여야 한다. 그 방법으로서는 특별한 징표를 붙여 타인으로 하여금 이를 명인시킬 수 있기에 충분한 공시방법을 취하거나, 또는 인도의 방법을 취하는 경우에는 이로써 대항요건을 갖춘 것이라고 인정하는 것이 타당함은, 당원이 계속된 판례(대정5년민상제67호, 1916년 4월 25일 판결 및 대정5년민상제242호, 1916년 11월 28일 판결)로 하는 바이다. 원심은 증거에 의하여 피상고인이 전희옹으로부터 매수한 위 벼에 관하여는 당초 그 소작인이었던 전용삼 등이 수확 후 강제집행시에도 계속 피상고인을 위하여 이를 보관하고 있었고, 또한 그 수확시에 있어서는 피상고인이 이를 하고 전용삼 등으로 하여금 그 보관을 하게하여 온 것임을 인정하였으므로, 이 사실이 있는 이상은 상기 대항요건을 갖춘 것이라고 말할 수 있고, 그 소유권이 압류 전에 전희옹으로부터 피상고인에게 이전된 사실로 상고인에게 대항할 수 있다. 따라서 원심이 이와 같은 취지의 설명하에 상고인의 강제집행을 허용하지 아니한다는 취지를 판결한 것은 상당하고, 상고인이 동산매매의 경우에 있어서의 법칙의 적용을 운위하는 논지는 전적으로 그 이유가 없다. 또한 증인 좌등금차랑(佐藤金次郎, 사또우)의 진술은 원심이 채용하지 아니하는 바의 것이므로, 그 진술에 의하여 압류 당시 여전히 전희옹의 소유였다는 것이 명백하다고 하는 논지는, 원심이 채용하지 아니하는 증거에 기하여 자신의 의견으로 원심의 직권에 속하는 증거취사 및 사실인정을 비난하는 것에 해당하므로 역시 이유가 없다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

139 담보금청구에 관한 건
〔대정5년민상제252호 1916년 12월 12일 판결〕

【판결요지】

1. 대리인이 권한을 유월하여 한 행위에 관하여 제3자가 그 대리권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유를 갖는다고 한다면, 그 사실은 이를 주장하여야 하고 법원이 스스로 그 판단을 하여야 하는 것이 아니다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 김창덕
소송대리인 안주시태랑(安住時太郎, 아즈미)
【피상고인】 신태희

위 당사자 간의 담보금 청구사건에 관하여 1916년 10월 6일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고가 제기되었으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인[1]은 제1심 이래 갑 제2호증 즉, 1915년 11월 15일부 민경호로부터 신태희 앞으로의 채권양도통지서를 수령한 것은 이를 인정하였다. 그런데 원판결은 "피항소인[2]은 1915년 11월 16일(15일의 오기라

1) 피고, 항소인

생각된다) 민경호로부터 본건 채권의 양도를 받았다고 주장하지만, 갑 제6호증 1915년 11월 18일부 민경호 신문조서 중 같은 사람의 진술로서 항소인의 보증서는 소송 때문에 김창덕이라는 자에게 맡겼다는 취지의 기재가 있으므로, 본건 채권의 양도는 진실이 아님을 인정할 수 있다. 따라서 이 점에서 본건 청구는 이미 타당하지 아니할 뿐만 아니라" 운운이라고 설명하였다. 그러나 위 설명과 같이 민경호가 항소인의 보증서를 소송 때문에 김창덕에게 맡긴 사실(같은 신문조서에 의하면 그 사실은 1915년 10월 15일이다)이 있으므로, 민경호가 1915년 11월 15일 피항소인(김창덕)에게 채권을 양도한 사실을 진실이 아니라고 인정하려면, 적어도 보증서를 맡긴 시기가 양도의 날짜보다 후라는 것을 밝히지 아니하면, 이유를 구비하였다고 말할 수 없다. 왜냐하면 일단 소송 때문에 맡겼다는 사실이 있다고 하여 후일에 이르러 권리이전의 사실이 없다고 인정하는 것이 부당함은 두말할 필요가 없기 때문이다. 따라서 원판결은 이 점에서 재판에 이유를 붙이지 아니한 위법이 있다.

살피건대, 원판결에 인용된 갑 제6호증 민경호의 신문조서에, 같은 사람의 진술로서 항소인(피상고인)의 보증서는 소송 때문에 김창덕(상고인)이라는 자에게 맡겼다는 취지의 기재 및 그 조서의 날짜로 1915년 11월 18일의 기재가 있고, 위 진술은 피상고인이 그 보증서를 소송 때문에 상고인에게 맡긴 것은 상기 신문 당시까지 계속되었다는 취지로 해석할 수 없는 것이 아니다. 따라서 원심이 당해 증을 인용하여 원심에서의 상고인 주장의 1915년 11월 16일(15일의 오기)에 민경호로부터 본건 채권의 양도를 받았다는 사실은, 진실이 아니라고 판단한 것은 위법하지 아니하다. 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

가령 원판결인정과 같이 본건 채권양도는 소송의 목적을 달성하기 위하여 행하여진 것이라고 하여도, 이것은 하나의 신탁행위이고 허위행위가 아니라고 믿는다. 원래 추심을 위하여 하는 채권양도는 그 외부관계에서는 순수한 일종의 채권양도로서 양도인과 양수인 간 채권

2) 원고, 상고인

의 이전이 있다. 전자는 채권을 상실하고 후자는 그 취득한 채권을 행사할 수 있는 것이며, 당사자 간의 의사와 그 표시와는 서로 일치하고 그 사이에 아무런 허위가 존재하지 아니한다. 단지, 그 내부의 관계에서 양도의 목적이 추심에 있으므로, 양수인은 양도인에 대하여 그 목적에 부응할 의무가 있을 뿐이다. 원래 허위행위라는 것은 가장적인 것이고, 이 행위에서 당사자는 모두 그 진의가 아닌 표시를 하며 실제상으로도 아무런 법률행위도 성립되지 아니함을 바라는 것이므로, 법률은 이를 무효로 한다고 하여도, 소위 신탁행위는 이에 반하여 내부에서의 경우와 외부에 대한 경우가 그 관계를 달리하고, 당사자의 의사와 그 표시와는 서로 일치하며, 외부에 대하여는 그 법률의사표시를 하여 법률상의 효과가 있게 하려는 것을 바라는 것이다. 따라서 허위가장의 것이 아님은 물론이고, 따라서 법률상 이를 무효로 하여야 하는 것이 아니다. 그리고 채권양도가 신탁적으로 행하여졌음은 채권 그 자체에 아무런 영향을 미치지 아니하므로, 민법 제468조 제2항의 소위 양수인에게 대항할 수 있는 사유로 하기에 충분하지 아니하다. 그렇다면 원판결이 피상고인의 보증서는 소외 민경호가 소송 때문에 상고인에게 맡겼다는 이유로 본건 채권양도는 진실이 아니라고 인정하고, 상고인의 청구를 배척한 것은 신탁행위의 효력에 관한 법리를 그르친 타당하지 아니한 것이다.

살피건대, 원판결은 그 이유 전단에서 본건 채권의 양도는 진실이 아니라고 설시한 것은, 즉 양도의 사실이 없다고 인정한 것이고, 채권양도가 소송의 목적을 달성하기 위하여 행하여졌다는 것은 전혀 원판결이 인정하지 아니한 바이다. 뿐만 아니라 그 이유 후단에 의하면 “항소인(피상고인)이 갑 제1호증 기재와 같은 보증을 한 사실이 없고 1913년 6월 1일경 항소인이 신경균, 박용환의 소개로 민경호로부터 액면금 3,000원의 약속어음 차입의 교섭을 하였으며, 그것이 성공하지 못하였지만, 그때 위 어음차용증서 작성방법을 박용환에게 의뢰한 바 같은 사람이 항소인이 문맹이라는 것을 이용하여 함부로 위 의뢰의 취지에 반하는 갑 제1호증을 작성하고, 이것이 민경호에게 제출되었다는 사실을 인용하기에 충분하다 …, 피항소인은 민경호에 대하여 본건 보증채무를 부담하여야 할 입장이 아니므로 이를 채권양도를 받았다

고 하는 피항소인(상고인) 청구가 타당하지 아니함은 두말할 필요가 없는 바이다 …"이라고 되어 있다. 가령 상고인 주장과 같이 채권양도의 사실이 있다고 하지만, 그 채권 자체가 무효이므로 그 양도를 받았다고 주장하는 상고인의 청구를 타당하지 아니하다고 한 것이라면, 원심인정의 사실에 있어서 조금도 신탁적 채권양도의 관계를 발생시키는 것이 아님은 물론이다. 그렇다면 본 논지는 원판지에 부응하지 아니하는 이유를 기본으로 하고, 마치 신탁관계가 발생하는 것과 같이 전제하여 원판결을 비난하는 것이므로 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결의 사실적시에 의하면, 피상고인의 주장은 "1913년 6월 중 항소인은 금 3,000원을 다른 곳에서 차입하려고 이를 신경균, 박용환과 모의하고 그 대상을 찾고 있었지만, 위 두 사람으로부터 민경호라는 자의 수중에 현금이 없지만 그 신용으로 달리 차용할 수 있고, 같은 사람 발행의 액면 3,000원의 약속어음을 차입함을 약속하였지만, 그 어음의 차용증서의 제출을 요구받아 항소인이 문자를 읽지 못하여 위 두 사람에게 당해 어음차용증서 작성을 위임하고 인영을 교부한 바, 그 후 민경호에 대한 어음차입은 성공하지 못하고 인영을 반납하였다" 운운으로 되어 있다. 그렇다면 피상고인은 소외 신경균, 박용환의 두 사람에게 3,000원의 차입을 의뢰하고 증서작성에 필요한 인영도 교부한 것이므로, 가령 피상고인 주장과 같이 위 두 사람이 피상고인 명의의 차용증서를 만드는 대신에 보증서를 만들었다고 하지만, 제3자인 민경호에게 있어서는 위 두 사람에게 보증서 작성의 권한이 있다고 믿을만한 것이 당연하므로, 위 두 사람의 행위에 관하여는 민법 제656조, 제110조 및 제109조에 의하여 피상고인이 그 책임을 부담하여야 한다. 그 후에 이르러 위 두 사람이 인영을 반납할 때 사언(詐言)을 한 적이 있다고 하지만, 그것은 본인, 대리인 관계에 그치고 민경호와 피상고인 간에 이미 성립한 권리관계에 아무런 영향을 미치지 아니함은 두말할 필요가 없다. 따라서 피상고인의 항변은 조금도 이유가 없음에도 불구하고 원판결이 그 항변에 기하여 피상고인이 상고인 주장과 같은 보증을 한 사실이 없다고 단정한 것은, 법률의 적용을 유탈하여 부당하게 사실을 확정한 위법이 있다.

살피건대, 원판결에서 피상고인이 소외 신경균, 박용환의 두 사람에게 3,000원의 차금을 의뢰하고 증서작성에 필요한 인영을 교부한 바, 박용환이 함부로 위 의뢰의 취지에 반하는 갑 제1호증을 작성하고 이를 민경호에게 제출하였다는 사실을 인용하기에 충분한 취지를 설시하고 있다. 따라서 즉, 원심은 위 두 사람이 피상고인 의뢰의 취지에 반하여 한 행위는 대리인의 권한을 유월하여 한 행위에 해당한다고 인정한 것이다. 따라서 그러한 행위에 관하여 의뢰자인 피상고인이 그 책임을 부담한다는 이치가 없음은 물론, 위 두 사람의 행위에 관하여 소외 민경호가 대리권한을 갖는다고 믿을만한 정당한 이유를 갖는다고 하면, 상고인은 원심에서 이를 주장하여야 한다. 그런데 원심의 구술변론조서 중 상고인이 그 주장을 한 흔적이 없음이 명백하다. 따라서 원심이 이에 관하여 판단을 하지 아니한 것은 당연하고, 원심이 그 점에 관하여 대리권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있음을 판정하지 아니한 이상은, 위 두 사람의 권한 외의 행위에 관하여 피상고인이 그 책임을 부담하여야 할 이치가 없음은 당연하므로, 원판결이 피상고인의 항변에 기하여 피상고인이 상고인 주장과 같은 보증을 한 사실이 없다고 판단한 것은 상당하고, 부당하게 사실을 확정한 위법이 없으므로 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

140 부당이득금반환청구에 관한 건
〔대정5년민상제257호 1916년 12월 12일 판결〕

【판결요지】

1. 항소장에 사실관계를 기재하였지만 구술변론시 구술로 진술하지 아니한 때에는, 그 사실관계에 관하여는 주장이 없는 것으로 한다. 따

라서 상대방의 주장사실에 부합하는 기재가 있어도 재판상의 자백이 있다고 말할 수 없음은 물론, 상대방이 그 서면을 이익으로 원용하지 아니하는 한은, 법원은 직권으로 이를 증거로 하여 사실판단의 자료로 할 수 없다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 한진국
소송대리인 문봉의
【피상고인】 류종주

위 당사자 간의 부당이득금반환 청구사건에 관하여 1916년 10월 2일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원심은, 구한국 정부는 농상공부에 수륜과(水輪課)를 설치하고, 그 관찰부에 지부를 두고, 같은 도 박천군 덕안면에 수륜공사를 하려고 하여 과원 최영운을 출장시키고 같은 공사에 착수하려고 한 바, 공사에 필요한 땅의 소유자 20여 명이 토지의 매수에 응하지 아니하기 때문에, 최는 관찰부에 그 취지를 통지하자 위 서병철이 관찰부의 지령을 지참하고 먼저 항소인[1]을 박천군청으로 호출하고, 같은 사람을 설득하여 본소의 답 20두락을 대금 260여 원으로 매수한 것으로, 서병철이 관찰부주사인 관계상 수륜과의 대표자로서 항소인과의 사이에 위

1) 피상고인, 피고

토지의 매매계약을 체결하기에 이른 것이라고 인정하고 상고인[2]의 청구를 배척한 것은, 단순히 증인 김태통의 무관계한 증언에 의하였다. 그러한 증인의 증언을 채용하고 그러한 사실을 인정하려면 마땅히 구한국 정부의 관제를 조사하여야 한다. 이에 구한국 정부의 관제를 조사한다면, 수륜과의 지부를 각 관찰부에 설정하였다는 일은 전혀 없다. 그런데 원심은 한국정부시대의 관제를 조사하지 아니하고, 즉 농상공부 수륜과의 지부를 각 관찰부에 설치한 것과 같은 사실을 인정한 것은, 심히 권형을 잃은 것일 뿐만 아니라, 한편으로는 하나의 기관을 보여주는 인정으로서, 결국 심리불비의 위법한 판결이다.

살피건대, 구한국 광무 3년(1899년) 1월 23일 포달 제45호에 의하면, 구한국 정부는 궁내부 소속 내장사(內藏司)에 수륜과를 증설하고, 다음으로 같은 해 8월 28일 포달 제51호에 의하여 내장사의 수륜과를 없애고 궁내부 번역과에 수륜과를 첨입하여야 하는 규정을 만들어, 이를 궁내부의 일과로서 같은 6년(1902년) 4월 11일 포달 제80호로서 수륜과를 수륜원으로 개칭하고, 각 부부원청(府部院廳)에 평행 조회하고 각 관찰부에 훈령할 것을 정하여, 같은 8년(1904년) 1월 18일 포달 제110호에 의하여 수륜원을 다시 없애고 같은 2월 3일 의정부 주본(奏本)으로 그 사무를 농상공부에 이속시켰음은 명백하다. 그러나 수륜과의 지부를 각 관찰부에 설치한 관제 상의 규정이 없으므로, 원심이 증인 김태동의 증언에 의하여 평안북도 관찰부에 수륜과의 지부가 설치되어 있는 것과 같이 인정한 것은, 약간 온당하지 아니한 듯인 우려가 있다. 그러나 그 지부를 평안북도 관찰부에 설치하였다는 원심인정은, 수륜과의 관리를 임시로 평안북도에 출장시켜 그 소관사무를 같은 도 관찰부 내에서 보게 하였다는 취지로 해석할 수 있다. 가령 그러하지 아니하다고 하여도, 본소 상고인의 청구원인은 본건 토지는 상고인이 피상고인으로부터 이를 매수하였다는 것이고, 피상고인은 전혀 이를 부인하는 것임은 원심 1916년 7월 12일의 구술변론조서에 비추어 명백하다. 따라서 상고인이 이를 매수한 사실이 없는 경우에는, 상고인의 본소 청구는 배척되어야 함은 두말할 필요가 없는 바이다. 원심은

2) 피항소인, 원고

상기 인정 사실 이외에 증인 김태동, 박내양의 증언에 의하여 서병철이 평안북도 관찰부 주사인 관계상 수륜과의 대표자로서 항소인(피상고인)과의 사이에 본건 토지매매계약을 체결하고 이를 매수한 사실을 인정하여, 본건 토지는 상고인이 피상고인으로부터 매수한 것이 아니라고 판단한 것이다. 따라서 본소 상고인의 청구는 이를 배척하기에 충분하고 원판결에는 이유불비의 위법이 없음은 물론, 수륜과가 본건 매매 당시 궁내부의 하나의 과로서 존재하였음은 상기 광무 3년(1899년) 포달 제51호에 의하여 명백한 이상은, 그 소속관청의 여하와 같은 또는 수륜과의 지부가 평안북도 관찰부에 설치된 사실의 유무와 같은 것은, 본소의 당부를 판단하는데 있어서 아무런 영향을 미치지 아니한다. 따라서 원심이 이 점에 관하여 인정을 그르쳐 타당하지 아니함은 아직 원판결을 파기할 이유로 하기에 충분하지 아니하므로, 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

피상고인은 원심에서 새로이 사실을 주장하려고 하고, 아래와 같은 항소장을 제출하였다. “새로이 주장하려고 하는 사실, 피항소인(상고인이다)은 1900년 3월 18일 평안북도 관찰부 주사로서 박천군청에 와서 항소인의 답토를 강제로 매수하는 방법으로 성문권(成文劵)을 매수한 것에 관하여, 당시 소유권이 이전되고 당시에는 증명절차가 없었다. 피항소인은 자신의 소유권으로 당해 답을 개량하고 각 답주로부터 수세까지 징수하였다. 그렇다면 실제로 당해 답토의 소유권은 피항소인에게 있고 항소인에게 있지 아니함은 명확하므로, 당심에서 다시 이 사실을 주장하려고 한다”라고 한다. 이 의미는 요컨대, 본건의 토지는 과거 1901년 3월 28일 이미 당사자의 의사표시에 의하여 그 소유권이 상고인에게 이전되었다는 것이다. 보통 항소인이 새로이 주장하려고 하는 사실이 있는 경우에는, 항소법원은 그 사실에 관하여 조사판단을 하여야 함에도, 원심은 항소장에 그러한 새로이 주장하려고 하는 사실에 관하여 아무런 조사를 하지 아니하였음은 타당하지 아니하다. 뿐만 아니라 피상고인이 본건의 토지를 상고인에게 매도한 것은, 상기 새로이 주장하려고 하는 항소장에 기재된 사실과 갑 제4호증에 의하여 명백하다. 그러한 명백한 사실은 재판상의 자백이라고 말하여야 한다.

그런데 원심은 그러한 피상고인의 자백을 돌아보지 아니하고 만연히 수륜과에게 매도하였다는 판단은 위법한 판결이다.

살피건대, 본건 기록을 조사한다면 피상고인이 원심에 제출한 항소장에는 새로이 주장하려는 사실로서 논지 모두(冒頭) 기재와 같은 사실기재가 있다. 그러나 1916년 7월 12일의 원심구술변론조서에는, 항소대리인은 항소장에 기하여 일정한 신청을 하고 항변으로서 본건 답 20두락 중 2두락은 항소인, 10두락은 동생 유종영, 8두락은 같은 유종걸의 각 소유가 되었는데, 1900년 3월 18일 평안북도 주사 서병철(같은 조서에 서병철(丙徹)이라는 것은 서병철(丙哲)의 오기이다)이라는 자가 박천군청에 출장하여 온 항소인을 호출하고, 이번에 정부에서 수륜과라는 것을 설치하고 관개공사를 하려고 하므로 항소인 등 소유의 답 20두락을 들보로 할 필요가 있으므로, 이를 정부가 매수한다고 말하고 … 결국 대금 267원 50전으로 강제로 매수하고, 항소인으로 하여금 문권을 작성, 교부하게 한 것으로, 즉 피항소인에게 매도한 것이 아니다 운운이라고 진술한 취지의 기재가 있을 뿐이고, 그 밖에 원심구술변론조서 중에도 하나도 피상고인이 같은 항소장에 기하여 사실관계를 진술한 흔적이 없음은 물론, 상고인이 같은 항소장을 상고인의 이익으로 원용한 흔적이 없다. 그리고 조선민사령에 있어서는 민사소송에 관하여 구술변론주의를 채용하고 있으므로, 당사자가 주장하려는 사실관계는 반드시 법관의 면전에서 구술로 진술하여야 하는 것이다. 따라서 가령 서면에 그 기재가 있어도 구술로 이를 진술하지 아니할 때에는, 법원은 그 사실관계에 관하여 심리판단을 할 수 없다. 따라서 원심이 본건 항소장 중 새로이 주장하려는 사실로서 기재한 사실관계의 유무에 관하여 심리판단을 하지 아니하고, 오히려 피상고인의 대리인이 원심에서 진술한 상기 항변에 기하여 상고인의 본소 청구를 배척한 것은 상당하고 본 논지 전단은 상고이유가 없다. 또한 재판상의 자백은 법원에서 당사자의 일방이 상대방의 주장사실을 진실이라고 진술하는 것에 해당하므로, 본건 항소장에 상고인의 주장사실에 부합하는 기재가 있어도 피상고인이 법원에서 같은 항소장에 기하여 사실관계를 진술하지 아니하는 이상은, 재판상의 자백이라고 말할 수 없음은 물론, 상고인이 같은 항소장을 그 이익으로 원용하지 아니하는 한,

법원은 직권으로 이를 증거로 하여 사실판단의 자료로 할 수 없으므로, 원심이 같은 항소장을 증거로서 채용하지 아니한 것은 원래 당연하고, 그 밖에 법원 외에서 피상고인이 작성한 갑 제4호증에 상고인 주장사실에 부합하는 사실기재가 있어도, 역시 서증으로서 효력이 있음에 그치고 재판상의 자백이라고 말할 수 없다. 따라서 원심의 같은 갑호증을 채용하는지의 여부는 증거의 취사판단에 관한 원심직권의 범위에 속하는 것이므로, 이를 채용하지 아니한 것은 위법하지 아니하다. 따라서 상고인이 이로써 재판상의 자백인 것처럼 논하고 원심이 이를 채용하지 아니한 것을 비난하는 본 논지 후단도, 역시 상고이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원심은 이유의 모두에서 본소의 쟁점은 피항소인 주장의 토지를 항소인으로부터 매수한 것이 피항소인인지 또는 소외 서병철인지에 있다고 하면서, 사실판단의 부에서는 수륜과가 매수한 것이라고 인정하였다. 그렇다면 본소의 토지를 서병철이 매수하였다는 의미인지, 수륜과에서 매수하였다는 의미인지가 거의 요령을 얻을 수 없으므로, 결국 사실에 저어 또한 심리불비의 위법한 판결이다.

살피건대, 원판결에는 소론과 같이 그 이유 모두에 본소의 쟁점은 피항소인 주장의 토지를 항소인으로부터 매수한 자가 피항소인인지 또는 소외 서병철인지에 있다는 취지의 쟁점의 적기가 있다. 그러나 본건 기록을 조사하면, 1916년 7월 12일의 원심구술변론조서에 의하면 상고인은 본건 토지는 상고인이 피상고인으로부터 이를 매수하였다는 취지를 주장하고, 피상고인은 이에 대하여 평안북도주사 서병철이라는 자가 정부에서 수륜과를 설치하고 관개공사를 하려고 하여 항소인 등 소유 답 20두락을 들보로 할 필요가 있으므로, 이를 정부가 매수한다고 하고 …, 결국 대금 267원 50전으로 강제로 매수하고 …, 피항소인에게 매도한 것이 아니라는 취지를 항변한 것이다. 위 피상고인의 항변은 수륜과의 대표자인 서병철에게 본건 토지를 매각하였다는 취지임이 명백하므로, 상기 쟁점의 적시 중 본건 토지를 매수한 것이 서병철이라는 것에 있음은 그 매수인은 수륜과의 대표자인 서병철이라는 취지를 약기한 것으로 보아야 한다. 가령 그러하지 아니하다고 하여

도, 본소 상고인은 원고로서 상고인이 본건 토지를 피상고인으로부터 매수하였다고 주장하고, 피상고인은 이를 부인하는 것임은 앞의 설명에 의하여 명백하므로, 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같이 상고인이 본건 토지를 매수한 사실은 없으므로, 상고인의 본소 청구는 배척하여야 함은 두말할 필요가 없는 바이다. 원심이 증거에 의하여 본건 토지에 관하여 서병철이 수륜과의 대표자로서 피상고인과 매매계약을 체결한 사실을 인정하고, 상고인이 매수한 것이 아님을 판단한 이상은, 상고인의 본소 청구는 이를 배척하기에 충분하다. 따라서 가령 그 쟁점의 적시와 그 인정사실과 상응하지 아니하는 바가 있어도, 이로써 원판결 파기의 이유로 하기에 충분하지 아니하므로, 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원심은, 증인 서병철의 진술은 일견 피항소인의 이익이 되는 것과 같은 외관이 있지만, 같은 사람 스스로 이를 매수하고 다시 이를 피항소인에게 매도한 것인지 또는 피항소인에 대신하여 그 절충에 임한 것에 불과한 것인지 취지가 매우 애매하다. 갑 제3호증 중 현규학의 진술 및 이와 견련한 같은 제7호증 기재의 취지는, 같은 사람이 서병철의 의뢰를 받아 토지의 매수에 종사하였다는 점에 있어서는 명확하다. 그러나 앞과 같이 매수인이 누구인가의 점에서는 반드시 명료하다고 말할 수 없다고 판단하였지만, 이 판단은 매우 부조리한 것이라고 말하여야 한다. 왜냐하면 본건의 토지를 상고인이 매수하였음은 피상고인이 원심에 제출한 항고장에 새로이 주장하려는 바에 의하여 명확할 뿐만 아니라, 증인 서병철의 진술에 의하면 1901년 3월경 피항소인(상고인이다)의 의뢰에 의하여 그 내실 피항소인이 매수한 것이지만, 표면상 증인의 명의로 항소인으로부터 매수한 증인은 관찰부주사의 직무상 수륜과의 용지로서 정부를 위하여 매수한 것이 아니고, 전적으로 개인으로서 피항소인의 의뢰에 의하여 매수한 것이다. 위 토지매수 후 2년간은 증인이 타작을 하고 그 수확물을 매각하여 그 대금을 피항소인에게 교부하였지만, 3년째부터 피항소인이 박승규를 사음(舍音)[3)]

3) 사음(舍音) : 지주로부터 소작지의 관리와 감독을 위임받은 사람. 마름이라고

으로 하여 타작하게 하였고, 다시 그 후에 현규학이라는 자를 사음으로 하여 타작하게 한 것이다 운운이고, 이것은 전적으로 상고인이 본건의 토지를 매수하고 소유권을 행사하였다는 의미이다. 뿐만 아니라 피상고인은 제1심에서는 본건의 토지를 박천군청에 매도하였다고 하고, 또는 원심에서는 상고인에게 매도하였다고 하고, 또는 수륜과의 기관인 서병철에게 매도하였다고 하여 그 주장이 일치하지 아니한 점에 의하여 본다면, 피상고인 본인이 작성한 항소장 중 상고인에게 매각하였다는 주장을 가장 사실이라고 인정하기 어렵지 아니하다. 특히 피상고인이 작성한 본건 토지에 관한 매매문권 즉, 갑 제1호증의 1, 2에는, 종래 상고인이 갖고 있었던 것으로 원심판결에서의 설명과 같은 관례에 따라 그 문권소지자를 매수인으로 인정하는 것이 온당하다고 하여야 한다. 앞에 기재한 증거 및 갑 제3호증 즉, 증인 현규학의 증언은 부합 명료하고 상고인이 본건의 토지를 매수하여 그 후 소유권을 행사하였음은, 나아가 의문의 여지가 없음에도 불구하고, 원심은 오히려 명료하다고 말할 수 없다고 판단한 것은 불법하게 증거를 취사한 위법한 판결이다.

살피건대, 증인 서병철의 신문조서에는 논지 기재와 같은 진술기재가 있고, 또한 갑 제3호증에는 증인 현학규의 진술로서 증인은 1900년, 1901년의 양년에 서병철의 의뢰에 의하여 박천군 덕안면 덕안동 소재의 답 5두락을 김진규, 홍길석으로부터 매수하고 원고에게 인도한 일이 있다. 당시 증인은 원고를 위하여 서병철의 의뢰에 의하여 위 답 이외에 16인으로부터 많은 답을 매수하고, 그 대금 중 일부는 증인이 체당하고 일부는 서병철이 직접 매도인에게 지급한 일이 있다. 상기의 갑 제1호증의 1 내지 15의 기재의 토지는 모두 원고가 각 그 매도인으로부터 매수한 것이고, 같은 호증의 12는 서면기재와 같이 증인이 그 매매의 증인으로 된 것에 틀림없다 운운의 기재가 있으며, 같은 서병철의 진술 취지 및 갑 제3호증 중 상기 현규학의 진술 및 같은 진술과 견련한 갑 제7호증 기재의 취지는, 서병철은 상고인의 대리인으로서 상고인을 위하여 하는 것을 보이고, 본건 토지를 피상고인으로부터 매

도 함.

수한 것이라고 해석할 수 있다. 또한 서병철 자신의 이름으로 이를 매수한 것이라고 해석할 수 있고 그 어느 쪽인지 명료하지 아니하여, 반드시 전자와 같이 서병철이 상고인의 대리인으로서 매수한 것이라고 해석하여야 하는 것이 아니다. 따라서 원심이 이러한 증거에 관하여 서병철 스스로 이를 매수하고 나아가 피항소인에게 매도한 것인지 또는 피항소인에 대신하여 그 매매의 절충에 임한 것인지 명료하지 아니하다는 취지, 또는 매수인이 누구인지의 점에 명료하지 아니하다는 취지를 설시하고, 이러한 증거를 신용하지 아니함은 원심의 증거의 취사판단에 관한 직권의 행사에 해당하고, 본 논지 중 이러한 증거는 다른 증거와 부합하고 상고인이 본건 토지를 피상고인으로부터 매수한 취지임은 명료함에도, 이를 명료하지 아니하다고 하여 배척한 것은 위법하다고 하는 논지는, 상고인의 일개의 의견에 기하여 상기 원심직권의 행사를 비난하고 나아가 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것에 불과하므로 상고이유가 없다. 또한 본건 항소장 중 새로이 주장하려는 사실로서 기재가 있는 사실관계는, 피상고인이 원심에서 진술한 것이 아니고, 또한 상고인이 이를 그 이익으로 원용한 것이 아니므로, 원심이 직권으로 이를 증거로서 채용할 수 없는 것임은 상고이유 제2점에서 이미 설명한 것과 같다. 따라서 같은 항소장의 기재를 운위하고 본건 토지를 매수한 것은 상고인임이 명백하다고 하여 원판결을 비난하는 논지는, 증거가 아닌 것을 증거처럼 논하고 나아가 원심의 직권에 속하는 사실인정을 비난하는 것으로 상고이유가 없다. 또한 본건 기록을 조사하면, 피상고인은 제1심에서 본건 토지는 군청으로부터 강제로 매수하였다고 주장하고, 제2심에 이르러 그 주장을 변경하여 수륜과의 대표자로서 온 서병철에게 매각하였다는 취지를 주장한 것 및 항소장에는 위 제1심, 제2심의 주장사실과도 달리 본건 토지는 이를 상고인에게 매도하였다는 취지의 기재가 있음이 명백하다. 그러나 원심은 이로써 항소장의 기재를 진실이라고 인정하여야 할 이유가 없음은 물론, 피상고인의 제2심에서의 주장사실에 관하여 이를 진실이라고 인정하는지의 여부는 원심의 직권에 속하는 사실인정의 범위에 속하는 것이므로, 원심이 증거에 의하여 본건 토지는 서병철이 수륜과의 대표자로서 매매계약을 체결한 것이라는 사실을 인정한 것

은 그 직권을 행사한 것에 해당하고, 피상고인의 주장이 일정하지 아니한 점에 의하여 본건 항소장 중 본건 토지는 상고인에게 매도하였다는 기재는 사실이라고 인정할 수 있다는 논지는, 이 역시 상고인의 일개의 의견에 기하여 원심직권의 행사를 비난하는 것에 불과하고, 그 밖에 갑 제1호증의 1, 2(본건 토지의 매매증서)는 상고인의 수중에 존재하는 것이므로 일단은 상고인이 본건 토지를 매수한 것이라고 보는 것이 상당하다고 하여도, 반드시 반증이 허용되지 아니하는 것이 아니다. 따라서 원심이 을 제1호증에 의하여 본건 토지의 매수인은 일응 서병철이라고 인정하고, 나아가 증인 김태동, 박내양의 진술에 의하여 서병철은 수륜과의 대료표자로서 본건 토지의 매매계약을 한 것임을 인정하였으며, 상고인은 그 매수인이 아님을 판단한 것은 갑 제1호증에 의한 추정을 번복하는 것에 해당하고, 원판결에는 소론과 같은 위법이 없으므로 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원심은 갑 제2호증 및 이에 대한 같은 제4호증의 기재와 같은 당사자 간에 있어서의 변론공격은 다소 사실의 진상을 그르친 것도 없는 것이 아니고, 아직 유력한 증거로 하기 곤란하다고 판단하였다. 그러나 갑 제2호증은 상고인이 피상고인 앞으로 본건 토지의 소유권을 1주일 내에 취득하고 상고인에게 이전하여야 한다는 최고서이고, 갑 제4호증은 피상고인이 상고인 앞으로 보낸 답장이다. 그 제4호증에 의하면 피상고인이 본건의 토지를 상고인에게 매각한 것이 명백하고, 제1심 이래 피상고인이 같은 호증의 성립을 인정하고 적어도 사실의 진상을 착오하였다는 변해를 한 것임은, 일건 기록에 비추어 조금도 근거가 되는 바가 없다. 그런데 원심은 억측곡해로 그러한 유력한 증거를 배척하고 근거 없는 설명으로 사실의 진상을 그르친 것이 없지 아니하다는 판단은 위법한 판결이다.

살피건대, 갑 제2호증, 제4호증은 피상고인의 대리인이 그 성립을 인정하였지만, 그 입증취지를 부인하였음은 1916년 7월 25일의 구술변론조서에 그 취지의 기재가 있으므로 명백하다. 뿐만 아니라 피상고인은 원심에서 본건 토지를 상고인에게 매도하였음을 부인한 것이므로, 같은 갑호증 중 상고인이 본건 토지를 매수하였다는 취지의 기재사실

을 진실이라고 인정한 것이라고 할 수 없다. 따라서 같은 갑호증의 내용인 그 기재를 신용하고 이를 채용하는지의 여부는 증거의 취사판단에 관한 원심의 직권에 속한다. 그리고 당사자 간에 다툼이 발생하고 서로 변론공격을 하는 것과 같은 경우에는, 의사의 평정을 잃고 사실을 도외시하며 변론논발하여 사실의 진상을 그르치는 것과 같은 사례가 없지 아니하다. 따라서 원심이 당사자가 본건 토지매매의 분쟁에 관하여 서로 변론한 본건 갑 제2호증, 같은 제4호증에 관하여 논지 모두기재와 같은 이유에 의하여 이를 유력한 증거로 하기 어렵다는 취지를 설시하여 채용하지 아니한 것은, 상기 원심의 직권을 행사한 것에 불과하므로 이를 비난하는 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

원심은 증인 김태동, 박내양 두 사람의 진술을 사실인정의 재료로 취하였다. 여기서 양 증인이 진술한 결과를 상언하면, 김태동이 진술한 결과는 본건 토지매수시 서병철은 항소인에 대하여 정부에서 하여야 하는 사업이므로 이의를 하지 아니하고 매수에 응하라고 말하였으므로, 증인은 그 내용을 모르지만 서병철이 관찰부주사로서 정부를 위하여 매수한 것이라고 이해하였다 …, 증인 박내양이 진술한 결과는 매수토지는 수륜과의 용지로서 정부가 매수한 것인지의 여부는 모르지만, 일일이 농상공부 수륜과 출장원과 협의하여 매수하였고, 본소토지의 수확은 처음 3년간은 서병철이 취득하였다고 듣고 있었다 운운이라고, 이 양 증언은 모두 내용을 모르는 것에 그치고, 아무런 사실판단의 재료로 사용할만한 가치가 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 위 무가치한 증언을 취한 다음 가허착공(架虛鑿空)의 의견으로 수륜과에게 매도하였다고 판단하여 피상고인의 재판상의 자백을 무시하고, 또한 서병철, 현규학과 같은 정확한 증언을 배척한 것은 채증방법을 그르친 판결이며, 결국 소송절차에 위반한 불법한 판결이다.

살피건대, 원심 증인 김태동의 신문조서 중에는 논지 기재의 진술 이외에, 증인은 월일은 지금 기억하지 못하지만 1900년 중 평안북도 관찰부주사 서병철이 박천군청에 와서 항소인을 같은 군청으로 호출하여 같은 사람으로부터 답을 매수한 일이 있다. 이것은 그 당시 한국정부에서 농상공부에 수륜과를 설치하고 박천군 덕안면에 수륜공사를

하려고 하여 같은 과 관리인 최영운이 덕안면에 출장하여 공사에 착수하려고 하자, 공사에 필요한 땅의 소유자 20여 명이 그 매수에 응하지 아니한다는 취지를 말하므로, 최영운은 평안북도 관찰부에 그 취지를 통지한 결과, 서병철이 관찰부의 지령을 지참하고 와서 우선 항소인을 박천군청으로 호출하고 항소인을 설득하여 같은 사람으로부터 답 20두락을 대금 260여 원으로 매수한 취지, 을 제1호증은 박천군수의 인증으로 증인이 집필한 것이 틀림이 없고, 그것은 서병철이 정부를 위하여 매수한 것으로 인증한 것에 이른 것이라고 생각한다는 취지 및 서병철이 본건 계쟁지 매수시에 정부가 매수하는 것이라고 말하고 있었던 것에 관하여, 그 내용은 자세히 모르지만 증인은 정부를 위하여 매수하는 것이라고 생각하고 있었다는 취지의 진술 기재가 있다. 이를 논지 기재의 같은 증인의 진술 및 증인 박내양의 신문조서 중 1901년 3월경 평안북도 관찰부주사 서병철이 농공상부 수륜과 출장원과 함께 박천군청에 와서 다수의 사람으로부터 토지를 매수하고 있었는데, 그때 항소인도 매수된 1인이다 …, 서병철은 일일이 농상공부의 수륜과 출장원과 협의하여 매수한 취지의 진술을 종합하면, 원심 인정과 같이 서병철이 평안북도 관찰부주사인 관계상 수륜과의 대표자로서 피상고인과의 사이에 본건 토지의 매매계약을 체결한 사실을 인정할 수 없는 것이 아니다. 그리고 증거의 취사판단 및 사실의 인정은 원심의 직권에 속하는 것이므로, 가령 상고인이 아무런 사실판단의 재료로 할 가치가 없는 것으로 믿는 증거라 하여도, 원심에서 조신할 수 있는 증거라고 할 때에는 이를 채용할 수 있고, 이에 반하여 상고인이 정확하고 의문이 없는 증거라 믿는 것이라 하여도 원심에서 조신하기에 부족하다고 할 때에는, 이를 채용하지 아니하는 것도 조금도 불가능하지 아니하다. 따라서 원심이 상기 증인 김태동, 박내양의 증언을 채용하고 상기와 같은 사실을 인정하여, 서병철의 증언 및 갑 제3호증의 증인 현규학의 진술 기재를 조신할 수 없다고 하여 채용하지 아니한 것은 그 직권을 행사한 것이다. 본 논지 중 원심이 증인 김태동, 박내양의 진술은 아무런 사실판단의 재료로 할 가치가 없음에도 이를 채용하고, 정확한 증인 서병철의 진술 및 갑 제3호증의 현규학의 진술 기재를 배척한 것은 채증의 방법을 그르쳤다고 하여 원판결을

비난하는 논지는, 원심과 증거의 판단에 관하여 의견을 달리 하고 원심직권의 행사를 비난하는 것에 불과하므로 상고이유가 없다. 그 밖에 상고인은 원심이 피상고인의 재판상의 자백을 무시한 것과 같이 변론하지만, 상고인은 본건 토지는 피상고인으로부터 상고인이 매수한 것이라고 주장하고, 피상고인은 이를 다툰 것임은 이미 상고이유 제1점, 같은 제3점에서 누누이 설명한 것과 같으며, 피상고인이 재판상 상고인의 주장을 자백한 흔적은 조금도 없으므로 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제7점은 다음과 같다.

상고인은 원심에서 항소장을 이익으로 원용함으로써 상고인이 본건의 토지를 매수하였음을 증명하고, 또한 증인 서병철은 같은 법정에서 그 때 토지의 대금은 피항소인이 박천군에 와서 직접 항소인에게 지급한 것에 관하여 항소인은 물론 피항소인이 매수한 것을 알 수 있었다는 증언을 이익으로 원용하고, 변론종결에 따라 위 제2점의 증거의 결과를 진술하였음은 당시 방청인 다수가 보고 들은 사실임에도, 원심조서에 그러한 중요한 사항을 기재하지 아니하고, 서병철의 진술로서 토지대금은 증인이 직접 항소인에게 지급하였다고 오기한 다음, 상고인이 원용한 증거에 관하여 아무런 판단을 하지 아니한 것은 매우 위법한 판결이다.

살피건대, 원심 각 구술변론조서를 조사하면, 상고인이 원심에서 본건 항소장을 상고인의 이익으로 원용한다는 취지의 기재가 없다. 그리고 같은 조서에는 모두 관계인에게 들려주고 이를 승낙하였다는 취지의 기재가 있고, 소론과 같이 상고인이 같은 항소장을 이익으로 원용한 것이 되려면, 그것을 들려줄 때 그 원용의 기재가 없음을 지적하고 그 기재를 구할 수 있었음에도, 그 기재가 없는 조서를 보고 이를 승낙하였음이 명백한 것으로 보아도, 상고인은 같은 항소장을 원용하지 아니하였다고 인정할 수밖에 없다. 또한 증인 서병철의 신문조서에는 이를 보았음에도 증인은 이를 승낙한 취지의 기재가 있음에 불과하고, 같은 증인신문조서에 관여한 상고인 등에 대하여 그것을 들려주지 아니한 것과 같이 되지만, 원심구술변론시 상고인이 이에 대하여 이의를 제기한 흔적이 없으므로, 같은 신문조서의 효력에 관하여 아무런 영향

이 없다. 그리고 같은 조서에 의하면 항소인으로부터 박천군 덕안면 북삼리 소재의 답 20두락을 대금 265원으로 매수하고 그 대금은 증인으로부터 직접 항소인에게 지급하였다는 취지의 진술 기재가 있지만, 소론과 같이 같은 증인이 토지의 대금은 피항소인이 박천군까지 와서 직접 항소인에게 지급한 것에 관하여, 항소인은 물론 피항소인이 매수한 것임을 알 수 있었다는 진술을 한 취지의 기재가 없다. 뿐만 아니라 그 오기라는 것도 인정할 수 없으므로 이 역시 같은 증인은 그러한 진술을 하지 아니하였다고 인정할 수밖에 없다. 따라서 원심이 같은 항소장 및 서병철의 논지 기재와 같은 진술에 관하여 아무런 판단한 바가 없었음은 당연하고, 상고인이 본건 항소장을 원용하고 증인 서병철이 그 진술을 한 것과 같이 논하여 원판결을 비난하는 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

141 대금청구에 관한 건 〔대정5년민상제263호 1916년 12월 15일 판결〕

【판결요지】

1. 보통 인장은 그 소지인이 임의로 이를 날인하고 타인이 소지인의 의사에 반하여 이를 날인하는 것과 같은 것은 이례적이다. 따라서 소지인의 의사에 반하여 타인이 날인하였다고 주장하는 자는 이를 입증할 책임이 있다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 박원규

【피상고인】 안원명

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 9월 26일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

상고인[1]은 갑 제3호증의 인영은 상고인의 인과(印顆)에 의한 인영이지만, 그 성립에 관하여 타인이 위조한 것이라고 주장한다. 즉, 인영의 존재를 인정하지만 날인 및 교부의 사실을 부인한다. 그런데 원심은 막연히 계쟁의 중대사실을 판정한 것은 법칙에 위반한 불법한 판결이다.

살피건대, <u>보통 인장은 통례 그 소지인이 임의로 이를 날인하고 타인이 소지인의 의사에 반하여 이를 날인하는 것과 같은 것은 이례에 속하는 것이므로, 증서에 날인되어 있는 인과(印顆)가 자신의 인영임을 인정할 때에는, 그 인영은 일응 그 인과의 소지인이 임의로 이를 날인하고 당해 증서를 작성한 것이라고 인정하여야 하고, 그 소지인의 의사에 반하여 타인이 날인한 것을 주장하여 당해 추정을 번복하려고 하는 자는 그 사실을 입증할 책임이 있다.</u> 그리고 본건에서 상고인은 본건 갑 제3호증 상고인 명의의 계약서 중 상고인 이름의 인영이 자신의 인영임을 인정하고, 당해 인영에 관하여 상고인이 갑인년(1914년) 음 12월 중 상고인의 질(姪) 박태식에게 인장을 맡겨두었을 때, 피상고인[2]은 상고인의 부재중 박태식에게 강청(强請)하여 갑 제3호증에

---

1) 피고, 항소인
2) 원고, 피항소인

상고인의 인을 날인시킨 것이라는 취지의 주장을 하였음은, 원심 1916년 9월 7일의 구술변론조서 및 원판결이 인용하는 제1심판결 사실적시에 비추어 명료하다. 따라서 일응은 상고인이 갑 제3호증의 계약서에 임의로 그 인을 날인하고 같은 증서를 작성한 것이라고 인정할 수 있는 것으로, 상고인이 주장하는 같은 갑호증의 인영은 박태식이 피상고인의 강청에 의하여 상고인의 승낙을 얻지 아니하고 이를 날인한 것임은, 상고인이 그 입증을 하여야 함은 두말할 필요가 없다. 그런데 원심은 이 점에 관하여 갑 제3호증 항소인 명의의 계약서 중 항소인 이름의 인영은 항소인이 인정하는 바이므로, 같은 호증은 항소인이 그 내용을 지실한 다음 임의로 날인함으로서 작성교부된 것으로 추측하여야 함에도, 이 점에 관한 박태식의 증서는 조신하기에 부족하고, 또한 달리 반증이 없으므로 같은 호증의 성립은 진정이라고 인정한다고 설시하여, 상고인이 갑 제3호증의 인영을 인정한 것에 의하여 일응 같은 갑호증은 상고인이 임의로 날인하여 이를 작성한 것임을 인정하고 상고인의 상기 주장사실의 입증인 증인 박태신의 증언은 조신하기에 부족하다고 하여 이를 채용하지 아니한 것임은 명백하다. 뿐만 아니라 상고인이 그 밖에 그 입증을 하지 아니한 것도 역시 명백하므로, 상고인의 주장사실은 결국 입증이 없게 되므로 원심이 상고인이 갑 제3호증 중 상고인 이름의 인영을 인정한 한 가지에 의하여 같은 갑호증이 진정으로 성립한 것임을 인정하고, 이를 사실인정의 자료로 사용한 것은 아무런 위법이 없으므로 본 논지는 상고이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원심은 “갑 제3호증에 의하면, 본건 차용금의 원금 및 1914년 음 9월 1일(10월 19일) 이후의 이자가 미지급임을 인정할 수 있으므로, 상기 지급금은 피항소대리인 주장과 같이 위 같은 날 전의 이자의 합계금 500원에 충당하려고 지급된 것으로 추인할 수 있다”고 판단하였다. 그러나 같은 판단은 같은 호증에 의하여 인정된 근거인 이유를 붙이지 아니한 이유불비의 판결이다.

살피건대, 갑 제3호증에는 본전(本錢) 2만냥과 갑인년 선변사삭(先邊肆朔)의 2천냥과 을묘년 3삭의 1,500냥으로 합계 23,500냥을 을묘 3월 말 출급하고, 음(陰) 갑인 12월 22일이라는 기재가 있으며, 당해 기

재는 원금 2만냥(400원) 갑인년(1914년) 음 9월부터 같은 12월에 이르러 4개월 분의 이자 2천냥 및 을묘년(1915년) 음 1월부터 같은 3월에 이르는 3개월 분의 이자 1,500냥 합계 23,500냥을 을묘 3월 말일에 지급하여야 한다는 계약취지라고 해석되므로, 같은 갑호증에 의하면 본건 차용금 400원 및 1914년 음 9월 1일(양력 10월 19일) 이후의 이자가 미지급임을 인정할 수 있다. 그리고 나아가 위 사실에 의하여 추론한다면, 1914년 음 9월 1일 이전에 본건 대금의 원금에 일부변제가 없었다는 사실 및 음 9월 1일 전의 이자(즉 음 8월 말일까지의 이자)는 완제되었음을 인정할 수 있으므로, 당사자 간 다툼이 없는 본건 500원의 입금은 전부 같은 음 9월 1일 전의 이자에 충당되었다고 할 수밖에 없다. 따라서 원심이 상고이유 제1점에서 설명한 것과 같이 갑 제3호증이 진정으로 성립한 것임을 인정하고, 같은 갑호증에 의하여 본건 차용금의 원금 및 1914년 음 9월 1일(10월 19일) 이후의 이자가 미지급인 사실을 인정하였으며, 나아가 위 사실에 의하여 당사자 간 다툼이 없는 본건 지급금은, 위 같은 날 이전의 이자 합계 금 500원으로 충당하려 지급되었다고 추인할 수 있다는 취지를 설시한 것은 상당하다. 그리고 본건 갑 제3호증의 기재에 의하여 상기와 같은 사실을 인정할 수 있는 이상은, 원심은 같은 갑호증이 진정으로 성립하였음을 인정하고, 같은 갑호증에 의하여 그 사실을 인정하였음을 설시하였다면 판결의 이유는 구비하는 것으로, 그 이외에 어째서 같은 갑호증에 의하여 이를 인정하였는지의 이유와 같은 것은 이를 설시할 필요가 없으므로, 본 논지는 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

142 답토공유권확인 및 인도청구에 관한 건 〔대정5년민상제169호 1916년 12월 19일 판결〕

【판결요지】

1. 위토(位土)의 공유권을 갖는 자는 가장인 호주에 한한다. 가족은 그 공유권을 갖지 아니한다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 광주지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】[1] 전연기 외 15인
소송대리인 장도
【피상고인】[2] 전상기 외 15인
소송대리인 고교장지조(高橋章之助, 다까하시)

위 당사자 간의 답토공유권확인 및 인도 청구사건에 관하여 1916년 5월 20일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

원판결 주문 중 상고인 전일균, 전일평, 전인환에 대한 “원판결을 폐기한다. 같은 피항소인 등은 같은 항소인 등에 대하여 전라남도 장성군 북삼면 호산평 기자(旣字) 답 4두락, 결(結) 17부(負) 6속(束), 같은 도 같은 군 북일면 강정리 조산평 대자(對字) 답 6두락, 결 24부 7속, 같은 도 같은 군 같은 면 같은 리 적전평 납자(納字) 답 4두락, 결 20부의 토지에 관하여 공유권이 없음을 확인한다”라는 부분 및 위 3인에 대한 소송비용의 부담을 명한 부분을 파기하고, 위 3인에 대한 본건을 대구복심법원으로 환송한다.

1) 피고
2) 원고

위 3인 이외의 상고인의 상고는 이를 기각한다.

상고소송비용 중 위 3인에 관한 것을 제외하고 기타는 모두 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

본건의 공유권은 다른 조합공유권과는 원인과 성질이 다른 것이고, 다른 조합공유는 개인이 주식자금을 거출하여 조합을 이루는 공유물이므로 상속권이 있고, 호주와 비호주의 구별에 따라 신시행 민법을 적용하여야 하는 것이다. 그러나 본건의 공유권 원인에 관하여는 본건 쌍방 간의 공동종손(宗孫)인 전일균은 누대 적적상승(嫡嫡相承)의 주제(主祭)종손이고, 전일균의 6대조부인 전화창(주제종손)이 지금부터 178년 전(대청 건륭 4년 기미 2월 27일) 단독으로 본건 기자(旣字) 답 4두락을 매수하여 이를 선조의 제위토(祭位土)로 하고(대정4년민상제161호, 대정3년광주지방법원민제307호 관리권확인소송의 갑 제1호증으로서 제출한 것), 대자(對字) 답 6두락, 납자(納字) 답 4두락은 전일균의 조부 전우택(주제종손)이 지금부터 66년 전(대청 함풍 원년 신해 10월 20일) 단독으로 매수하여 선조의 제위토로 한 것이다(상동 관리권소송의 갑 제1호증의 4로서 제출). 대략 전일균의 13대조 전계수 이하의 자손으로서 그 제사에 참배하는 자는, 장유와 호주 비호주의 구별 없이 개인 개인의 공유권이 있다고 칭하는 것은, 조선의 구관습 친족간 공동소유의 예로서 이 원인을 적용하여야 한다.

살피건대, <u>위토의 공유란 일문 공동의 선조 제사용으로 사용하기 위하여 일문에 속하는 자에 한하여 공유하는 취지임은, 이미 본원판례(대정4년민상제251호 토지소유권확인 청구사건 1916년 1월 21일 판결)에서 제시하는 바이고, 또한 일문에 속하는 각 가(家)에 있어서 선조의 제사를 주재하는 자는 가장인 호주이므로, 제사용으로 사용하는 위토의 공유권을 갖는 자는 가장인 호주에 한하고, 가족은 공유권을 갖지 아니한다.</u> 그런데 원판결 이유 중 위토는 피제자(被祭者)의 자손의 남자로서 독립하여 생계를 영위하는 자에 한하여 이를 갖는 것임은, 조선관습법이 인정하는 바라는 취지를 판시하고, 위토의 공유권은 일

가의 호주에 속하는 것을 명확히 하지 아니한 것은 타당하지 아니하다. 그러나 그 후단에 피항소인 중, 연기, 맹기, 일기, 우기, 하기, 은기, 장기, 운기, 득기, 사원, 진기, 인환, 일은, 용변, 정기, 갑기, 용풍은 모두 가주 밑에 있고 그 보호를 받는 자로서 …, 각자의 민적등본에 기재된 연령 및 가족과의 관계에 비추어 이를 인정한다 …, 그 밖의 항소인의 청구는 …, 연기 외 16인에 대하여는 정당하다고 판시하고 있다. 상고인 중 가족인 신분을 갖는 자는 위토의 공유권을 갖지 아니하고, 따라서 이러한 자는 피상고인에 대하여 본건 토지에 공유권이 없음을 확인한다는 취지이므로, 결국 상기 위토의 공유권은 호주에게 속하고, 가족은 이를 갖지 아니한다는 취지에 적합하므로, 원판결은 이 점에 있어서는 상당하다고 말하여야 한다. 그렇다면 상고인 중 후단 설명을 하여야 할 전일균, 전일평, 전인환을 제외한 나머지 전연기, 전맹기, 전우기, 전하기, 전은기, 전장기, 전운기, 전득기, 전진기, 전용변, 전정기, 전갑기, 전용풍의 상고논지는 이유가 없다. 다음으로 상고인 전일균, 전일평에 관하여는, 원심은 "피항소인 일균, 일평에 관하여는 독립하여 생계를 영위한다는 입증이 없다"고 판시함으로써 공유권이 없음을 인정하였다. 그러나 상기 설명과 같이 일가의 자가 위토의 공유권을 갖는지의 여부는 호주인지 가족인지의 구별에 의하여 결정하여야 하는 것이고, 단지 독립하여 생계를 영위하는지의 여부에 의하여 결정하는 것이 아니다. 그렇다면 원심이 상고인 전일균, 전일평은 독립하여 생계를 영위함을 인정하기 어렵다는 이유로 위토의 공유권을 갖지 아니한다고 인정하고, 피상고인의 청구를 인용한 것은 타당하지 아니하고, 위 두 사람에 대하여는 호주인지 가족인지의 점을 명확히 하지 아니하면 판결을 할 수 없는 것이므로, 위 두 사람의 상고논지는 이유가 있다. 원판결은 이 점에서 파기를 면할 수 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

전심판결 주문 중 제2단의 전연기, 전맹기, 전우기, 전일기, 전일만, 전하기, 전일신, 전일태, 전장기, 전일균, 전운기, 전일평, 전득기, 전진기, 전도유, 전인환, 전용변, 전정기, 전갑기, 전용풍의 명의와 제3단의 전일성, 전은기, 전사원, 전일은의 명의와 상위(相違)가 있다. 이 일성, 은기, 사원, 일은의 4인은 각 당사자로서 주문 중 승소자임은 명확함

에도, 이 4인에 대하여 본건의 소송비용을 패소자와 같이 부담하라고 말하는 것은 부인하여야 하는 것이고, 법률에 위반하는 것이라고 인정한다. 주문 제2단 중의 일만, 일신, 일태, 도유의 4인은 비당사자이다. 단, 우기, 하기, 은일, 진기 4인의 각 실부(實父)인 법률상대리인이다. 이 대리인 4인에 대하여 패소를 선고한 것은 법률에 위반한 것이라고 인정한다. 단, 은기의 명의는 승소자로서 주문 제3단 중 소송비용 하에만 있고, 은기의 실부 대리인 일태 명의는 주문 제2단 중에 있으므로, 주문 중 대리인 일태의 명의 및 소송비용 아래의 은기의 명의를 나열하여 제각할 것을 구하기 위하여 상고한다. 상고인 중 전인환(일명 의완)은 호주이다(민적등본이 있다). 만일 호주와 비호주의 구별로 판결한다고 하여도, 당연 승소의 자로서 패소한 것에는 그 이유를 부인한다. 피상고인 중 전용진은 공동자손인 자가 아니고, 이 자는 비공유자이므로 당연 패소하여야 하며 승소의 판결을 받은 것은 그 이유를 부인한다.

살피건대, 원판결 주문 제2항에 “그 밖의 항소인과 피항소인 전연기, 전맹기, 전자기, 전일만, 전하기, 전일신, 전일태, 전장기, 전일균, 전운기, 전일평, 전득기, 전진기, 전도유, 전인환, 전용변, 전정기, 전갑기, 전용풍과의 사이에 있어서의 원판결을 폐기한다. 같은 피항소인 등은 같은 항소인 등에 대하여 운운의 토지에 관하여 공유권이 없음을 확인한다. 같은 항소인의 그 밖의 피항소인에 대한 항소는 이를 기각한다”라고 되어 있다. 전단 열기 중에 전일성, 전사원, 전일은의 이름을 기재하지 아니하므로, 위 3인은 후단의 그 밖의 피항소인 중에 포함됨은 명백하다. 그리고 피항소인은 제1심에서의 피고로서 제1심에서는 원고의 청구를 기각하고, 이에 대하여 원고로부터 항소가 제기되었는데 항소기각되어, 제1심, 제2심 모두 피항소인인 전일성, 전사원, 전일은의 승소가 된 것이므로, 소송비용은 마땅히 패소자인 항소인의 부담이 된다. 그럼에도 불구하고 원판결 주문 제3항에 “소송비용은 제1, 2심 모두 … 그 잔액의 31분의 19를 피항소인 전연기, 전맹기, 전일성, 전우기, 전하기, 전은기, 전장기, 전기균, 전운기, 전일평, 전득기, 전사원, 전진기, 전인환, 전일은, 전용변, 전정기, 전갑기, 전용풍의 부담으로 한다 …”으로 기재하고, 승소자인 전일성, 전사원, 전일은을 패

소자인 전연기 외 15인과 혼동하여 소송비용의 부담을 명한 것은 타당하지 아니하다. 그러나 전일성, 전사원, 전일은의 3인은 상고를 제기하지 아니하였을 뿐만 아니라, 다른 당사자에 대하여 원판결의 부당함을 거시함으로써 자신의 상고이유로 할 수 없으므로, 위 3인에 대한 원판결은 부당하다는 이유에 기한 상고 논지는 이유가 없다. 또한 원판결 주문 제2항 피항소인에 대한 패소 판결 중의 피항소인의 열기 중에는, 피항소인 본인인 전은기를 표시하지 아니하고 그 법정대리인인 전일태의 이름을 기재하고, 그 제3항 소송비용 부담의 판결부분에는 피항소인 본인 전은기를 표시하여 피아 부합하지 아니한 것은 소론과 같이 타당하지 아니하다. 그러나 판결서 모두의 당사자의 표시 중에 "피항소인 전은기 법률상대리인 부(父) 전일태"이라고 되어 있고, 주문 제2항 중의 전일태라는 것은 피항소인 본인 전은기를 지시하는 취지임이 명백하므로, 이 점의 논지도 이유가 없다.

다음으로 상고인 전인환의 상고이유의 당부를 살피건대, 원심은 상고인 전인환에 대하여도 다른 상고인과 같이 "가주의 아래에서 보호를 받을 뿐 … 갑 제9호증, 제10호증, 제12호증 및 을 제6호증의 각자의 민적등본에 기재된 나이의 차이 및 가족과의 관계에 비추어 이를 인정한다"고 설시하고 있다. 그리고 기록에 관하여 조사하면, 제1심에서 제출한 소장에 "피고 같은 도(전라남도) 담양군 대전면 판교리 3통 7호 전인환"이라고 되어 있고, 피고의 소송위임장에 "(같은 도 전라남도) 담양군 대전면 판촌리 전인환 일명 의완"으로 되어 있으며, 또한 전의완인으로 되어 있는 인장을 날인하였다. 원심에서 피항소인의 소송위임장에도 제1심에서의 위임장과 같이 기재 및 인장의 날인이 있는 을 제6호증의 10 민적등본에 "전라남도 담양군 대전면 판촌리 3통 7호주 전의완 …"의 기재가 있는 것에 의하여 본다면, 상고인 전인환은 일가의 호주임을 인정할 수 있는 것과 같이 될 뿐만 아니라, 원심 원용의 갑 제9호증, 같은 제10호증, 같은 제12호증 및 을 제6호증의 각 증 중 달리 전인환은 가주의 아래에서 보호를 받는 자임을 인정할 증거가 하나도 없음에도 불구하고, 원심이 상기 사실을 인정한 증거에 기하지 아니하고 사실을 인정한 불법이 있다. 이 점의 논지는 이유가 있으므로 원판결 중 전인환에 관한 부분은 파기를 면할 수 없다.

다음으로 피상고인 전용진에 관한 상고이유의 당부를 살피건대, 원판결 이유 후단에 “항소인 중 용진이 사암파(笠岩派)에 속하는 것은 피항소대리인이 다투는 바로서, 갑 제7호증의 1에 의하여는 사암파에 속하는 것이라고 인정하기 어렵고, 그 밖에 입증이 없다고 하여도 기실은 누군가의 자손으로서 본건 계쟁지의 공유자라는 것은 피항소대리인이 다투지 아니하는 바이므로, 같은 항소인도 역시 피항소인 중의 아직 공유권을 취득하지 아니하는 자에 대하여 공유권의 부존재의 확인을 청구할 수 있다”고 설시하고 있다. 즉, 원심은 전용진이 본건의 공동선조로부터 분파된 각 파의 어디에 속하는지 불명이지만, 같은 사람이 본건의 공동선조의 자손 중의 한명으로 또한 본건 계쟁지의 공유자임을 상고인 등이 다투지 아니함을 인정함으로써, 상고인 등은 피상고인의 청구에 응하여야 한다는 취지를 판정한 것이다. 따라서 원심은, 전용진은 본건의 공동선조의 자손의 한명임을 인정한 것이 명백하다. 그러므로 전용진은 공동자손이 아니라고 하여 원판결을 비난하는 논지는, 필경 원심이 인정하지 아니한 사실을 전제로 하여 원판결을 비난하는 것이므로 이 점의 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

대정3년광주지방법원민제307호, 대정4년민제161호 토지관리권확인소송은 피상고인 전일균이 승소판결을 받았다. 당해 상고판결 중에도 상고인 등 일동의 명의가 그 결정된 83인 중에 있다. 위 상고판결은 이미 확정된 것이고, 만일 전심판결과 같이 상고인 등은 공유권이 없다고 한다면, 위 상고판결을 피상고인 등이 파기하려고 하는 불법행위가 성립하는 단계에 이른다. 상고인 등은 위 상고판결의 제1심, 제2심, 제3심 전부의 기록을 입수하여 원용할 것을 바란다. 상고인 등은 구관습상 친족공유의 원인과 성질을 적용하기 위하여 여기에 그 이유를 진술한다.

살피건대, 기록에 관하여 조사하면, 소론의 대정4년민상제161호 사건은 소외 전일균으로부터 본건의 피상고인의 한 명인 전동섭에 대하여 토지관리권확인, 부당이득인 벼의 반환을 청구한 소송으로서, 본건의 당사자 및 청구와는 전혀 다른 소송이다. 따라서 가령 본건에서 원판결과 같이 상고인 등에 대하여 공유권이 없는 취지의 판결을 하고,

이로써 상기 대정4년민상제161호 사건의 상고기각에 의하여 확정된 같은 사건의 항소심판결의 취지와 상반되는 결과가 발생한다고 하지만, 당사자 및 청구를 달리하는 위 2개의 판결이 동일취지로 나와야 하는 것이 아님은 물론이므로, 본건의 원판결이 상기 판결에 저촉하는 것과 같이 논하여 원판결을 비난하는 논지는 이유가 없다. 그 밖에 당심에서 기록의 입수를 구하고 사실의 복심을 구하는 것과 같은 논지는, 당심의 직권에 속하지 아니하는 사항을 구하는 것으로 전적으로 상고적법의 이유가 되지 아니한다.

이상 설명과 같이 상고인 전일균, 전일평, 전인환의 상고는 이유가 있으므로 민사소송법 제447조 제1항, 제448조 제1항을 적용하고, 그 밖의 상고인의 상고는 이유가 없으므로 같은 법 제452조, 제77조를 적용하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

143 손해배상청구에 관한 건 〔대정5년민상제267호 1916년 12월 19일 판결〕

【판결요지】

1. 광업권의 양도는 법규에 따라 등록을 하지 아니하면 그 효력이 발생하지 아니한다. 따라서 양도의 계약이 성립하여도 등록을 하지 아니한 이상은 광업권 명의인으로 그 광업권자로 인정하여야 한다.

【제 1 심】 공주지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 권병필
소송대리인 신우영
【피상고인】 곡우웅(谷祐雄, 다니)

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 6월 20일 경성 복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 피항소인[1]은, 항소인[2]은 다수의 인부를 사역하여 피항소인 소유의 본건 산판을 불법하게 발굴하거나 입목을 벌채하여 손해를 입혔다고 주장하였다. 그러나 증인 등교인태랑(藤橋寅太郞, 후지하시), 원심 증인 구목원우장(久木原宇藏, 구끼하라)의 각 증언에 의하면, 그 발굴 또는 벌채를 하게 한 것은 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)로서 항소인의 행위가 아님은 명료하다. 그렇다면 피항소인이 전촌(田村, 다무라)에 대하여 손해의 배상을 구하는 것은 별개로 하고, 항소인에 대한 본소 청구는 이를 인용할 수 없다. 항소인이 1915년 6월 3일 본건 산판의 금광산채굴허가를 받은 사실은 위 인정을 방해하지 아니한다고 하지만, 본건 산판에 대하여 피상고인(원심 항소인)은 1915년 6월 3일 본건 산판의 채굴허가를 받은 점 및 이를 전촌권조(田村權造, 다무라)에게 양도하고 명의변경절차 중이라는 점은, 원심 1916년 5월 30일 구술변론조서 및 원판결사실적시에 의하여 명료하므로, 명의변경의 절차중이라는 것으로 양도한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 피상고인이 본건 산판에 대하여 자신의 명의로 금광채굴허가의 등록을 하고 나아가 이를 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)에게 양도한 사실이 있다고 하지만, 전촌권조(田村權造, 다무라)의 명의로 변경의 등록을 하지 아니하였음은 피상고인이 자인하는 바이다. 광업법 제10

---

1) 원고, 상고인

2) 피고, 피상고인

조 제2항에는 광업권의 양도 및 그 저당권의 설정은 농상공부의 등록을 거치지 아니하면 그 효력이 발생하지 아니한다고 규정한다. 따라서 같은 법 시행 당시에 있어서 양도의 효력이 발생하지 아니하고, 나아가 1915년 12월 24일 발포된 광업령 제20조에 의하여도 등록을 하지 아니하면 양도의 효력이 발생하지 아니하는 것이므로, 양도의 등록을 하지 아니하는 이상 제3자인 상고인에 대하여는 양도의 사실로 대항할 수 없는 것이라고 말하여야 한다. 그리고 본건은 1915년 3월부터 본소제기일인 같은 해 8월 27일에 이르는 사이에 있어서 피상고인이 본건 산판을 불법하게 발굴한 것에 의한 손해배상의 청구이므로, 일단 피상고인의 명의로 금광채굴허가의 등록이 있고, 피상고인으로부터 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)에게 양도의 등록을 거치지 아니한 이상, 본건 산판에 대한 피상고인의 발굴행위에 의하여 상고인이 손해를 받은 사실에 있어서는, 광업법 제15조 제2항의 토지의 사용으로 인하여 소유자 또는 관계인에게 손해를 입힌 때에는, 광업권자는 그 배상을 하여야 한다는 규정에 의하여 광업권자인 피상고인은 그 손해액에 응하여 배상의 의무가 있음은 물론이다. 상고인의 청구는 적법하다. 그런데 원심은 광업법에 의하여 광업법을 갖지 아니하는 전촌권조(田村權造, 다무라)에 대하여 손해배상을 구함은 별개로 하고, 피상고인에 대한 상고인의 청구를 배척한 것은 심히 애매하고 법령을 무시한 위법한 판결이다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

1916년 5월 30일 원심구술변론조서에 의하면, 피상고인은 본건 산판 광업권에 관하여 피상고인의 명의로 1915년 6월 3일 허가를 받고 전촌권조(田村權造, 다무라)에게 당해 권리를 양도하고, 그 허가신청절차중이라고 항변하였지만, 상고인은 1916년 11월 10일 조선총독부 광업과에 출두하여 1915년 6월 3일 허가 1975호 및 당해 부속서류를 열람하였는데, 그 양도신청을 한 적이 없고 여전히 피상고인 명의로 등록되어 있을 뿐이다. 따라서 그 양도신청절차중이라는 것은 허위의 항변이므로, 원심에서 양도한 사실이 없고 전촌권조(田村權造, 다무라)에게 책임이 있다고 인정한 것은 심히 저어(齟齬)로서 위법한 판결이다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

금광의 채굴광업권에 관하여는 등록을 받은 자가 아니면 채굴할 수 없다. 그리고 본건 산판의 금광채굴허가를 피상고인 명의로 받고 전촌권조(田村權造, 다무라)에 대한 양도에 관하여 적법한 절차를 거치지 아니한 경우에는, 전촌권조(田村權造, 다무라)는 본건 산판의 금광을 채굴할 권리가 없다고 말하여야 한다. 그렇다면 피상고인 주장과 같이 전촌권조(田村權造, 다무라)가 채굴하였다고 하지만, 같은 사람은 즉 피상고인의 대리로서 채굴한 것이다. 그렇다면 피상고인 자신의 대리인 전촌권조(田村權造, 다무라)가 본건 산판을 채굴함으로써 그 소유자인 상고인에게 손해를 입힌 것이라면, 그 손해액에 응하여 배상할 의무가 있다. 이와 반대로 피상고인의 대리인 전촌권조(田村權造, 다무라)에게 그 의무가 있다고 말할 수 없다. 그런데 원심에서 광업권자인 피상고인에 대하여 손해배상을 구한 상고인의 청구를 배척한 것은 위법한 판결이다.

살피건대, 광업권의 양도는 법규에 따라 등록을 하지 아니하면 그 효력이 발생하지 아니함은, 구한국 광무 10년(1906년) 7월 법률 제3호 광업법 제10조 및 1915년 12월 제령 제8호 조선광업령 제20조에 의하여 명백하다. 따라서 가사 양도의 계약이 성립하였다고 하여도, 아직 그 등록을 하지 아니한 이상은 양도의 효력이 발생하지 아니하고, 여전히 광업권 명의인을 그 광업권자로 인정하여야 함은 두말할 필요가 없다. 그러나 상고인의 원심에서의 주장사실은 원판결이 인용하는 제1심판결 사실적시에 의하면, 피상고인은 그 광업권에 관하여 상고인에게 아무런 교섭을 하지 아니하고, 또한 사용료의 선불을 하지 아니하고 함부로 상고인 소유 충청북도 영동군 상촌면 물한리 소재 산판 30정(町) 2반(反) 7무(畝) 20보(步)를 사용하여, 전산(全山)의 태반을 발굴하고 20년생 또는 15년생의 소나무 24그루, 잡목 200그루를 벌채하고 상고인 소유 밭 6두락의 수익을 하지 못하게 함으로써, 피상고인의 불법행위를 원인으로 하여 … 470원의 손해배상을 구한다는 것이다. 이에 대한 원판결의 이유는, 증인 등교인태랑(藤橋寅太郎, 후지하시) 및 제1심 증인 구목원우장(久木原宇藏, 구끼하라)의 각 증언에 의하면, 그 발굴 또는 벌채를 하게 한 것은 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)로서 피상고인의 행위가 아님이 명료하므로, 상고인은 전촌(田村, 다

무라)에 대하여 손해배상을 구하는 것은 별개로 하고, 본소 청구는 이를 인용할 수 없으며 피상고인이 1915년 6월 3일 본건 산판의 금광채굴허가를 받은 사실은 위 인정을 방해하지 아니한다고 하였으므로, 원심은 피상고인이 광업권을 양도하였으므로 본건 청구를 받아야 하는 것이 아니라는 이유에 기하여 상고인의 청구를 배척한 것이 아님은 명백하다. 따라서 논지 중 광업권의 양도는 등록을 하지 아니하면 그 효력이 발생하지 아니하는 취지 및 양도의 사실이 존재하지 아니하는 취지를 지적하면서 원판결을 공격하는 점은 원판결의 취지에 부응하지 아니하는 비난이므로 그 이유가 없다. 나아가 원심의 위 인정 사실에 의하면, 원심은 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)는 광업권자인 피상고인과 아무런 교섭 없이 위 발굴 및 벌채행위를 하였으며, 피상고인이 같은 사람의 행위에 무관계임을 인정한 것이 명백하다. 따라서 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)의 행위에 의하여 발생한 손해에 관하여는 그 행위자인 같은 사람에 대하여 손해배상을 구하는 것은 별개로 하여도, 같은 사람의 행위에 무관계인 피상고인에 대하여 그 배상을 청구하는 것은 부당하므로, 원판결에서의 위 설시는 상당하고, 애매 또는 어긋나는 점이 없으므로 논지는 그 이유가 없다. 뿐만 아니라 구 광업법 제15조 제2항의 규정은, 광업권자가 자신 또는 그 대리인에 의하여 광업을 하는 경우에 자신, 그 대리인 또는 그 종업자의 광업상의 행위에 의한 토지사용으로 인하여 소유자 또는 관계인에게 손해를 입힌 때에, 그 광업권자가 그 배상을 하여야 한다는 취지의 규정에 해당하므로, 본건과 같이 발굴, 벌채의 행위가 광업권자인 피상고인과 아무런 교섭 없이 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)에 의하여 이루어진 것과 같은 경우에 적용하여야 하는 것이 아님은 두말할 필요가 없다. 따라서 논지 중 원심이 같은 법조의 적용을 무시하였다는 취지를 운위하는 점은, 필경 자신의 의견에 기하여 위 발굴 및 벌채의 행위를 마치 광업권자인 피상고인의 광업상의 행위인 것과 같이 보고, 그 전제하에 원심이 같은 법조의 적용을 무시한 것과 같이 논하는 것으로, 원심에서 인정한 사실이 그러하지 아니함은 앞의 설시와 같으므로, 원판지에 부응하지 아니한 비난으로서 역시 그 이유가 없다. 또한 광업권을 갖는 자가 아니면 광물의 채굴을 할 수 없음은 명백하므로,

소외 전촌권조(田村權造, 다무라)는 본건 산판의 금광을 채굴할 권리가 없는 자이다. 그러나 같은 사람이 본건 산판에서 위 발굴 및 벌채를 하였으므로 직접 광업권자인 피상고인의 대리인으로서 한 것으로 보아야 하는 것이 아니고, 그 대리행위인지의 여부는 사실문제이므로 상고인이 그 주장을 하려고 한다면, 마땅히 원심에서 그 주장을 함으로서 그 취지의 판정을 받아야 함에도, 원심구술변론조서에 의하면 상고인은 조금도 그 취지의 주장을 하지 아니하고, 원판결에 의하여도 그 취지의 판정을 하지 아니하였으며 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)의 위 발굴 및 벌채의 행위는 광업권자인 피상고인과 교섭 없이 한 행위임을 인정한 것은 앞의 설시와 같다. 따라서 논지 중 소외 전촌권조(田村權造, 다무라)를 피상고인의 대리인인 것과 같이 보고, 그 전제하에 전촌권조(田村權造, 다무라)에게는 배상의무가 없고 피상고인에게 배상의무가 있다고 하는 점은, 원판결이 인정한 사실에 부응하지 아니한 논의로서 상고의 이유가 되지 아니한다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

144 부동산매매무효확인 및 등기말소절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제239호 1916년 12월 22일 판결〕

【판결요지】

1. 소의 원인이 매매의 무효임을 주장하는 데 있을 때에는, 그 무효를 초래하는 이유는 수개를 합하여 주장할 수 있으므로, 제2심에서 무효인 이유를 추가하여도 소의 원인을 변경하는 것이 아니다(상고이유 제1점).

【제 1 심】 평양지방법원

【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】[1] 제등진(齊藤進, 사이또)
소송대리인 적미호길(赤尾虎吉, 아까오)
【피상고인】[2] 송전풍(松田豊, 마쓰다)

위 당사자 간의 부동산매매무효확인 및 등기말소절차이행 청구사건에 관하여 1916년 9월 13일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결 사실설시의 부분에는 "항소대리인은 주문과 같은 취지의 판결을 구하고(중략) 그 진술한 사실상 및 법률상의 주장은, 항소대리인이 본소의 매매는 허위이므로 무효임은 당연하지만, 실제 담보로 제공된 것은 지급정지 후에 속하므로 구 상법 파산편 제990조의 규정에 의하여도 무효가 된다는 취지(중략)를 각 진술하였고, 그 밖에 원판결의 적시와 동일하므로 이에 이를 인용한다"는 기재가 있다. 원심변론조서에는 "항소인은 원판결 적시와 동일사실을 진술하고 본소는 허위의 매매이므로 그 무효임은 당연한 사실이지만, 나아가 소외 전기옥이 종래 피항소인에 대하여 부담하고 있었던 채무를 위하여 새로이 본소 부동산을 전기옥에 대한 지급정지가 있었던 1915년 3월 31일 이후, 즉 같은 해 5월 13일 피항소인이 실제로는 담보로서 제공한 것임에도 불구하고, 이를 진정한 매매라고 가장한 것이므로 구상법 파산편 제990조의 규정에 의하여도 무효가 되는 것을 부가하였다", "항소대리인은

1) 피고, 피항소인
2) 원고, 항소인

갑 제1호증의 사본으로 피항소인과 소외 전기옥 간의 본소 부동산에 대한 매매는 전적으로 허위의 것이고, 피항소인은 단지 담보로서 제공을 받았음에 불과함을 입증하고 …”이라는 기재가 있다. 이를 본다면, 피상고인은 원심에서 사실상 또는 법률상의 진술을 보충하거나 경정한 것이 아니라, 소의 원인을 변경하고 그 사실을 입증하는 방법을 취한 것임은 극히 명료하다. 그런데 원심에서 상고인은 본안의 변론 전이에 대하여 이의를 제기하였으므로(답변서 참조) 원판결에서는 이 점에 관하여 판단을 하여야 함에도 불구하고, 그 이유의 부분에서 그것이 없음은 타당하지 아니하다. 가사 원심변론조서에 “피항소인은 답변서에 기하여 진술한 취지”의 기재가 없으므로 답변서대로 진술한 것으로 볼 수 없다고 하더라도, 항소심에서는 민사소송법 제413조의 규정이 존재하고 소의 변경은 이를 허용하여서는 아니된다. 과연 그렇다면 원판결이 이 점에 관하여 일언반구의 논급이 없음은 실로 타당하지 아니하고 이유에 불비가 있다.

살피건대, 원심구술변론조서를 보건대 상고인은 원심에서 소의 변경이 있다는 항변을 제출한 사실이 없다. 물론 본건 기록에 첨부된 피항소인(상고인) 답변서 중에는 소에 변경이 있다는 취지의 기재가 있지만, 원심구술변론조서에 의하면 피항소인이 당해 답변에 기하여 진술을 하였다는 기재가 없으므로, 원심에서는 위 답변서에 기하여 소의 변경이 있음을 진술한 사실이 없는 것으로 인정하여야 한다. 따라서 소의 변경에 관하여 이의를 진술하였는데 판단을 하지 아니한 것은 위법하다고 하여 원판결을 비난하는 것은 그 이유가 없다. 뿐만 아니라 원판결에 인용된 제1심판결의 사실적시에 의하면, 원고(피상고인)는 전기옥(파산자)이 계쟁의 지소(地所)[3] 건물에 관하여 저당권을 설정한 것과 동일한 효력을 발생시키는 것을 목적으로, 피고(상고인)와 통모하여 매매를 가장하고 피고에게 소유권을 이전한 것과 같이 꾸미고 그 소유권의 등기를 하였다. 그런데 피고는 위 가장매매로서 진실의 매매라고 주장하고 전기옥의 소유권을 부인함으로써, 매매무효확인 및 그 등기말소절차이행을 구한다는 취지의 사실을 주장하고 있으므

3) ‘토지’를 의미함.

로, 피상고인의 소의 원인은 매매의 무효임을 주장하는 것에 있다. 그 주장은 제1, 2심을 통하여 일관되게 변경이 없다. 그리고 매매가 무효라는 소의 원인이 일정한 이상은, 그 무효를 초래하는 이유는 수개를 합하여 주장할 수 있으므로, 소론과 같이 피상고인이 제2심에서 구상법 파산편 제990조의 규정을 원용하여 매매의 무효임을 주장하여도, 매매가 무효라는 소의 원인에 변경을 초래하지 아니하고 그 무효의 이유를 추가함에 불과하므로, 이로써 소의 변경이 있다고 말할 수 없다. 따라서 상고인이 소의 변경이 있음을 주장하여 원판결을 비난하는 것은 타당하지 아니하고, 본 논지는 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결에서는 갑 제1호증의 문구에 대하여 부당한 해석을 함으로써 매매를 가장이라고 판단하였다. 그러나 그 이유 중에 인용된 갑 제1호증의 취지는, 상고인의 재매매예약 주장과 조금도 저촉되는 바가 없다. 즉, 위 문구의 의의는 1916년 3월 10일까지 소외 전기옥이 1,500원과 그 이자 및 상고인에 대한 채무금액을 제공하면 다시 본건 부동산을 매도한다는 취지 및 위 이자(상고인은 이를 차임이라고 주장하고 있지만)는 매월 지급하여야 하고, 만일 한번이라도 이를 이행하지 아니하는 경우에는 위 재매매의 예약을 해제하여야 하며, 그 때에는 3일 내에 가옥을 인도하여야 한다는 취지를 약속한 것으로 해석할 수 있다. 나아가 본건의 부동산에 관하여는 상고인이 무상으로 그 사용을 전기옥에게 허용한 것 및 위 부동산 중 가옥의 개축, 철거에 관하여는 상고인의 승낙이 있으면 전기옥이 이를 할 수 있는 것이라고 해석할 수 있다. 게다가 위와 같은 사실은 많이 이루어지는 바의 사실에 속하므로, 달리 아무런 증거가 없는 한 갑 제1호증만에 의하여 본건의 매매를 가장이라고 망단(妄斷)하여서는 아니 된다. 또한 원판결 이유 중에는 "만일 매매로서 진정하게 성립하고 가장의 것이 아니라면, 피항소인은 전기옥으로부터 을 제2, 3호증의 증서를 수령한 것만으로 충분하고, 현실로 그 대금인 1,500원을 지급하면서 무슨 필요가 있어서 갑 제1호증과 같은 증서를 전기옥에게 교부하는 어리석음을 하겠는가…"이라고 설시한다. 그러나 보통 재매매의 예약을 한 경우에 있어서 매수대금 이상 이자를 붙인 대금으로 매도한다는 취지를 약속한 사례

가 세상에 많고, 또한 전술한 것과 같이 이자의 지급을 태만히 한 경우에 재매매의 예약 해제의 취지를 정한 것 역시 적지 아니하다. 본건에서는 상고인이 전기옥에게 본소 부동산의 재매매예약을 하였으므로, 갑 제1호증을 교부한 것은 오히려 당연한 사례에 속한다. 뿐만 아니라 매매대금 및 이에 대한 이자를 부가하여 지급하게 한 재매매의 예약 역시 유효하므로, 그 이자를 가령 매월 지급하여야 한다는 취지를 정하여도 결코 거래의 통념에 반하는 것이 아니다. 또한 원판결이 설시하는 대로 “차용금이자라는 문자로 차임 또는 임대료를 의미한다고 하는 것과 같은 것은 달리 증거가 없는 한 이를 인용할 수 없다”고 한다면, 그렇게 인용하지 아니하여도 된다. 또한 “가옥의 개축 철거 등 일체는 피항소인의 승낙을 얻어 이에 착수하여야 한다는 취지의 기재가 있고(중략), 이를 임대한 것이 아니라는 의미가 명확하다”고 한다면, 그렇게 인정하는 것도 가능하다. 그러나 이러한 인정에 의하여 당연히 본건이 가장매매라는 결론에 이를 수 있는지 크게 의문이 없다고 할 수 없다. 만일 을 제1호증에 대하여 원판결이 설시하는 바와 같은 해석에 이른다면, 그 이유가 불명할 뿐만 아니라 성립에 다툼이 없는 같은 증의 문구를 그 문구대로 해석함에 있어서 부당함도 역시 현저하다고 믿는다. 또한 원심에서의 상고인의 진술 및 을 제4호증에 의하여는, 전기옥이 갑 제1호증 소정의 의무를 이행하지 아니함으로서 1915년 6월 중 재매매의 예약을 해제함과 동시에, 본소의 부동산 중의 대부분을 전기옥으로부터 빼앗아 그 하나의 소(小)부분만에 관하여 새로이 임대차계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다. 같은 호증의 날짜를 소급 기재할 필요가 없음에도 불구하고 특히 이것을 한 이유는, 당시 상고인과 전기옥과의 사이에 있어서 갑 제1호증의 계약은 당초부터 불성립인 것으로 하고, 본소의 부동산매매일로부터 그 일부를 임대한 것으로 협정한 것에 기인한다. 그러나 그 이후 갑 제1호증의 반환도 받지 아니하고 그대로 오늘에 이른 것이라고 할 수도 없다. 과연 그렇다면 날짜의 소급기재도 무용의 것이 아니고, 굳이 별안간 갑 제1호증만에 기하여 원판결과 같이 인정하는 것은, 역시 현저히 부당하다고 말하여야 한다. 요컨대, 원판결은 경험법칙에 위배하고 문서의 문구를 부당하게 해석함으로써 판단을 내린 타당하지 아니한 것이다.

살피건대, 본 논지는 원심이 갑 제1호증의 문구를 해석 판단함으로써 을 제2, 3호증에 의한 본건 지소(地所) 건물의 매매는 가장의 것이라는 사실을 인정하였다. 이에 대하여 상고인은 원심과 소견을 달리하고 원심의 직권에 속하는 증거판단 및 사실인정을 비난하는 것에 불과하므로 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결이 사실설시의 부분에서 인용한 피상고인 신청의 제1심판결 사실적시에는 “(전략) 지소(地所) 건물에 관하여 저당권을 설정한 것과 동일한 효력을 발생시킬 목적으로 같은 사람과 피상고인이 통모하여 매매를 가장하고 …”이라는 기재가 있다. 뿐만 아니라(제1심판결 참조) 원심변론조서에 의하면 “항소인은 (중략) 같은 해 5월 10일 피항소인이 실제로는 담보로서 제공한 것임에도 불구하고 …”, “항소대리인은 갑 제1호증의 사본으로 (중략) 피항소인은 단지 담보로서 제공을 받은 것에 불과함을 입증 …”이라는 기재도 있다. 따라서 원판결에 있어서는 위 담보란 상고인 및 전기옥이 저당권을 설정할 의사를 가졌을 뿐임에도 불구하고, 매매를 한 것과 같이 꾸몄다는 뜻인지, 전기옥이 상고인에 대한 채무의 변제를 하지 아니할 때에는 상고인으로 하여금 용이하게 처분을 할 수 있게 하기 위하여 담보의 목적으로 소유권이전의 효과를 발생시킬 의사로 매매의 절차를 한 것이라는 뜻인지 등에 관하여 명확한 설명을 하고, 나아가 위 당사자 간에 있어서의 본건 부동산매매의 진의는 과연 어디에 있는지를 천명 판시하여야 한다. 그리고 갑 제1호증의 문구만에 의하여는 이유 제2점과 같이 해석되어질 뿐만 아니라, 보통 신탁행위로서 법률상 유효인 부동산매도저당의 목적을 위하여 사용된 형식도 환매약관부 소유권양도, 재매매의 예약, 조건부양도 등으로서 나타나고, 직접 형식문구만에 의하여 판정을 내릴 수 있는 것이 아니므로, 원판결에서 피상고인이 주장한 담보라는 의의는 과연 어떠한 것인지의 점을 설시하지 아니하고, 증거로서 채택된 갑 제1호증의 문구만에 관하여 해석 설명을 한 것에 그치고, 바로 본건 매매는 가장이라고 단정한 것은 이유에 불비가 있다.

살피건대, 원판결에 의하면, 원심은 갑 제1호증의 기재를 해석 판단하여 을 제2, 3호증과 같이 상고인은 표면상 전기옥으로부터 본소의

토지 및 가옥을 매수한 것으로 하고 그 증서의 교부를 받은 것이지만, 원래 이것은 채권담보의 목적으로 이를 가장한 것에 불과하다는 취지의 사실을 인정하고, 매매가 가장의 것임을 판정함으로써 당사자의 진의가 가장의 매매를 함에 있는 것임을 인정한 것에 해당한다. 그리고 가장매매는 허위의 의사표시로서 매매 그 자체는 무효가 되므로 따로 담보의 의의를 정할 필요가 없고, 그 매매의 무효확인 및 그 등기말소절차이행을 구하는 피상고인의 청구를 시인한 것은 상당하며, 원판결에는 이유불비의 위법이 없다. 그리고 가장매매라고 인정한 것을 비난하는 점은 원심의 직권에 속하는 증거판단 및 사실인정을 비난하는 것에 불과하므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원래 매도저당의 특성은 (1) 법률행위의 목적은 채권담보에 있는 점, (2) 그 수단으로서 소유권을 양도하는 점이라는 두 가지 점에 있다{중도(中島, 나까지마)박사의 설을 인용}. “신탁행위는 당사자가 그 목적으로 하는 바보다 큰 효력을 발생시킬 의사표시를 한 경우에 성립하는 것으로, 매도저당의 경우에 있어서는 당사자는 소유권을 이전할 의사를 갖고 이를 표시한 것이라 하여도, 그 목적으로 하는 바는 이에 의하여 채권담보의 실익을 올리려고 하는 것이므로, 양수인은 이 담보의 목적에 따라 그 소유권을 행사하여야 한다(동경공소원판결)”, “담보의 목적으로 하는 매도저당은 허위의 의사표시가 아니다. 그리고 제3자에 대하여는 권리이전의 효력이 발생하지만, 당사자 간에 있어서는 권리이전의 효력이 발생하지 아니한다(동경공소원판결)” 등의 판례와 같은 역시 신탁적 매도저당의 특성을 말하고 있다. 그리고 본건에서 피상고인은 상고인과 전기옥은 저당권이거나 질권을 설정할 의사를 갖고 있었을 뿐임에도 불구하고, 매매를 한 것과 같이 꾸몄다는 주장을 하지 아니하였다. 채권담보의 목적으로 가장적으로 매매를 한 것이라는 취지의 주장을 하였다(원심변론조서, 제1심판결에 원판결사실증명의 부분 참조). 과연 그렇다면 본건에서 피상고인은 전기옥이 상고인에 대하여 본소의 부동산을 신탁적 매도저당으로 한 것이라는 사실을 주장한 것이라고 보는 것이 상당하다. 왜냐하면 당사자 간에 있어서 상기와 같이 질권이거나 저당권을 설정할 의사를 갖고 있었을

뿐인 경우에 매매를 한 것과 같다고 한다면, 이것은 통모하여 진의가 아닌 행위를 한 것이고 허위행위이다. 그러나 상기와 같이 채권담보의 목적으로 매매를 한 경우에 있어서는, 가장매매의 사실이 필연적으로 존재하지 아니하기 때문이다. 즉 매매가 가장이라고 한다면, 본래의 목적인 채권의 담보는 결국 이를 달성할 수 없으므로, 일면에서 채권담보의 목적을 가진 취지를 주장하고, 타면에서 매매는 허위행위라는 취지를 주장하는 것은 상호 모순된 관념으로 도저히 허용되지 아니한다. 환언하면 이미 목적이 채권의 담보에 있다고 한다면, 당연히 매매가 가장인 경우가 발생하지 아니한다. 이상 설명한 대로 본건에서 피상고인의 상고인과 전기옥 간의 매매는 가장이고 무효라는 주장은, 그 자체로 타당하지 아니함에도 불구하고, 원판결이 상고인과 전기옥 간의 사실은 또한 채권담보의 목적으로 가장된 것이라고 설시하여 모순된 사실을 인정하고, 법률상 유효인 행위를 무효라고 판결한 것은 법률에 위배하여 판단을 한 것으로 타당하지 아니하다.

살피건대, 원판결에 인용된 제1심판결의 사실적시에 의하면, 피상고인이 원심에서 주장한 사실은 저당권을 설정한 것과 동일한 효력을 발생시킬 목적으로 전기옥과 상고인이 통모하여 매매를 가장하고 상고인에게 소유권을 이전한 것과 같이 꾸며 그 소유권이전의 등기를 한 것이라고 말하고 있으므로, 그 취지인 매매는 저당권과 동일한 효력이 발생함을 목적으로 가장하고, 진실매매를 할 의사표시가 없다는 것이 된다. 그리고 원판결의 설명은 위 피상고인의 주장사실을 시인한 것으로, 즉 진실의 매매가 아니고 채권담보의 목적으로 매매를 가장한 것에 지나지 않는다는 취지로 판시한 것이므로, 그 취지 역시 진실매매를 할 의사표시가 없이 채권담보의 효력을 발생시킬 목적으로 매매를 가장하였다는 것이 된다. 진실로 매매를 하되 이에 제한을 가하여 채권담보의 목적을 달성하려고 하는 신탁적 매도저당과는 그 경우를 달리한다. 즉, 후자는 당사자 간에 제한을 가한다고 하여도 진실매매를 할 의사표시가 있지만, 전자는 이에 반하여 조금도 매매를 할 의사가 없고 매매는 전적으로 허위의 의사표시로서 무효이기 때문이다. 그렇다면 원판결이 가장매매임을 인정한 이상, 피상고인의 청구를 시인한 것은 상당하고 그러한 경우에 채권담보의 목적을 달성할 수 없기

때문에, 이를 진실한 매매를 한 신탁적 매도저당으로 인정하여야 할 이치가 아니므로, 원판결에는 위법이 없고 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

원심 제1회구술변론조서에는 “항소대리인은 항소장에 기하여 일정한 신청을 하고”라고 기재되어 있다. 게다가 항소장에는 제1심판결에 대하여 이를 폐기취소를 하는 등 아무런 신청을 하지 아니하고, 또한 원판결 사실설시의 부분에도 “항소인은 주문과 같은 취지의 판결을 구하고”라고 기재하고 있다. 그리고 원판결 주문에는 제1심판결을 폐기하는지, 취소하는지, 변경하는지에 관하여 아무런 기재도 없다. 이와 같은 제1심판결을 어떻게 하는지 기재가 없는 원판결은 두 심급의 판결에 모순을 초래하고 결국 판결이 없는 것으로 되어 무효이다. 이 점에서 원판결은 도저히 부적법임을 면할 수 없다.

살피건대, 본건 제1심판결은 피상고인(원고)의 청구를 기각하고, 원판결은 피상고인의 청구를 시인한 것이므로, 원판결은 그 주문에서 제1심판결을 폐기하거나 변경하는 취지를 판시하여, 두 심급의 판결의 관계를 명백하게 하기 위하여 조치를 취하지 아니하고 이를 판시하지 아니한 것은 타당하지 아니하다. 그러나 두 심급의 판결의 주문을 대조할 때에는, 원판결은 제1심판결을 폐기 또는 변경한 것임을 알 수 있으므로, 그 판시를 결여하기 때문에 원판결을 부적법하다고 하여 파기할 이유로 하기에 부족하다. 따라서 본 논지도 그 이유가 없다.

상고이유 제6점은 다음과 같다.

보통 매매는 때때로 이에 부수하는 별개의 법률관계와 병존하는 일이 있지만, 이로써 그 법률상의 구성이 바뀌지 아니하므로, 그 부수된 별개의 법률관계에 의하여 혹은 소위 신탁매매에 해당한다고 해석되거나, 재매매나 환매의 특약을 동반하는 매매라고 해석되는 일이 있지만, 그 매매라는 것에 관하여 아무런 영향을 미치지 아니한다고 믿는다. 원래 본건에서 원판결은 갑 제1호증에 의하여 “전기옥이 1916년 3월 10일까지 그 채권액인 1,500원 및 이자 기타를 완전히 변제할 때에는, 가장의 매매를 해제하여 원상으로 회복시켜야 하지만, 만일 1개월이라도 매월 지급하여야 하는 이자를 지연할 때에는 가장매매해제에 관한 이 계약은 당연무효이다”라는 취지를 설시하고, 나아가 본건 상

고인과 전기옥 간의 매매는 상대방과 통모하여 한 허위의 의사표시라고 인정되었다. 그러나 원심에서 성립에 다툼이 없는 을 제1, 2, 3호증(원심 조서 및 원판결 사실적시의 부분 참조)을 아무런 반증이 없음에도 가장매매에 관한 계약이라고 인정하고, 갑 제1호증을 위 가장매매 해제에 관한 계약이라고 인정하는 것과 같은 것은 사회의 통념에 심하게 배치되는 것이라고 말하여야 한다. 왜냐하면 법률상 무효인 계약을 해제할 필요가 존재하지 아니하면, 원판결이 설시하는(가장의 매매를 해제하여 원상으로 회복시키는) 계약을 체결하는 것과 같은 행위는 사회의 통념상 아무도 이를 하지 아니하는 바라고 믿기 때문이다. 과연 그렇다면 모두에서 논단한 대로 갑 제1호증은 을 제1, 2, 3호증에 의하여 명백한 것과 같이 진정하게 소유권이전의 목적으로 이루어진 본소의 매매에 부수한 별개의 법률관계를 규정한 계약이라고 해석하여야 하고, 이에 의하여는 도저히 본소의 매매는 허위의 의사표시라고 인정할 수 없는 바라고 사료한다. 그런데 원판결에서 피상고인이 성립을 인정한 을 제1, 2, 3호증에 대한 아무런 반증이 없음에도 불구하고 갑 제1호증에 의하여 본소의 매매를 가장이라고 단정한 것은, 증거에 의하지 아니하고 사실을 확정한 것으로 타당하지 아니하다.

살피건대, 본 논지는 원심이 갑 제1호증의 문구를 해석판단하여 을 제2, 3호증에 의한 본소의 토지건물의 매매가 가장이라고 인정한 것에 대하여, 소견을 달리하고 원심의 직권에 속하는 증거판단 및 사실인정을 비난하는 것이 되므로 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

145 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제265호 1916년 12월 22일 판결〕

【판결요지】

1. 대서업자가 채권의 양도를 받는 것을 금지하는 법규는 존재하지 아니한다.

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 일조조치랑(一條助治郎, 이찌죠)
소송대리인 이기찬
【피상고인】 금정형(金井馨, 가나이)

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 10월 5일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

상고인[1)]은 원심에서 대서업자인 피상고인[2)]이 정영애로부터 본소 채권의 양도를 받은 것은, 평안남도경무부령 대서업자단속규칙에 위반한 것으로 무효인 법률행위라고 항변한 것에 대하여, 원판결은 대서업자라고 하여도 채권의 양도를 받는 것은 법규에 위반된 무효인 행위가 아니라는 취지를 판시하였다. 그러나 상기 대서업자단속규칙 중 대서인은 채권의 양도를 받을 수 없다는 취지의 조항은, 그 성질상 공공의 질서에 관한 규정으로 이에 위반된 법률행위는 무효라고 믿는다. 원래 조선민사령에 있어서는 변호사 이외의 자는 법원의 허가를 받지

1) 피고, 항소인
2) 원고, 피항소인

아니하면 소송의 대리를 할 수 없다는 취지를 규정하였음에도 불구하고, 대서업자는 채권양도의 명의하에 실질상의 소송위임을 받아, 그 폐해를 방지하기 위하여 대서인에 대하여 채권의 양도를 받는 것을 금지하고 이에 위반할 때에는 형벌에 처한다는 취지를 규정한 것이다. 그 규정은 민사소송법의 취지를 보충하고 대서업자가 법관을 기망하여 당사자의 명의하에 함부로 실질상의 소송대리를 하고, 또한 무지한 인민을 기망하여 소송대리를 빙자하여 채권을 영득하는 것을 방지할 목적으로 나온 것이므로, 공공의 질서에 관한 규정이라고 말하여야 한다. 이에 위반하는 법률행위는 무효라고 말하여야 한다. 원판결은 이 점에서 위법이 있다.

살피건대, 1912년 4월 13일 발포된 평안남도경무령 제7호 대서업단속규칙에는 대서업자가 채권의 양도를 받는 것을 금지하는 규정이 없고, 단 같은 규칙 제3조에 대서업자는 아래의 각 호의 행위를 할 수 없다 운운을 규정하며, 같은 조 제2호에 토지가옥매매, 채권추심, 주선업에 관여하는 것으로 규정하지만, 이것은 대서업자가 채권의 추심 등에 관여할 수 없음을 규정한 것에 불과하고, 이로써 대서업자가 채권의 양도를 받는 것을 금지한 것이라고 해석할 수 없다. 그 후 1915년 7월 22일 조선 일반에 시행하기 위하여 발포된 조선총독부 경무총감부령 제5호 대서업단속규칙에 있어서도, 역시 대서업자가 채권양도를 받는 것을 금지하는 규정이 없고, 그 제6조에 대서업자는 아래의 각 호의 행위를 할 수 없다고 규정하며, 같은 제2호로서 토지가옥의 매매, 채권추심, 주선업 등을 하는 것을 규정하고 있지만, 이 역시 상기 평안남도경무부령과 같은 취지로 해석할 수 있다. 따라서 대서업자가 채권의 양도를 받는 것은 법률의 규정에 반하는 것이라고 말할 수 없다. 그리고 채권의 양수인이 우연히 대서업자이기 때문에 그 양도행위가 공공의 질서, 선량한 풍속에 반하는 것이 아님은 물론, 대서업자가 채권의 양도를 받을 때에는 항상 채권의 추심 또는 소송위임의 목적으로 하는 허위의 양도라고 인정하여야 하는 것이 아니다. 따라서 원심이 증거에 의하여 피상고인이 정영애라는 자로부터 같은 사람의 상고인에 대한 본건 대금인 120원의 채권을 진정으로 양수한 사실을 인정하고, 피상고인이 대서업자라는 것만으로 바로 당해 양도를 소송위

임에 불과한 허위의 의사표사라고 인정할 수 없는 취지 및 대서업자가 계쟁 채권의 양도를 받은 사실만으로 바로 법규에 위반한 무효인 것이라고 말할 수 없는 취지를 설시한 것은 상당하다. 본 논지는 요컨대, 법률상 대서업자는 채권양도를 받을 수 없다는 취지의 규정이 있음을 전제로 하여 원판결을 비난하는 것에 불과하므로 상고이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

146 토지환매청구에 관한 건
〔대정5년민상제265호 1916년 12월 22일 판결〕

【판결요지】

1. 매매의 목적물 중 일부의 토지를 공제하고 또한 일부의 대금을 감액하는 것과 같은 것은, 목적물을 변경하는 것이라고 말할 수 없다. 따라서 매매의 요소에 변경을 초래하지 아니한다(상고이유 제1, 2점 상고확장이유 제1점).

1. 적법한 환매권의 행사가 있는 때에는, 매매해제의 효력이 발생하고 기존의 계약관계를 소멸시켜 지금까지 계약이 없었던 것과 동일한 상태로 회복시키는 것이다. 따라서 매매에 의하여 이전된 소유권은 환매의 의사표시가 있음과 동시에 당연히 매도인에게 복귀하고, 전단계로 소유권을 이전할 의사표시가 있어야 하는 것이 아니다(상고확장이유 제2점).

1. 민법 제545조는 해제의 결과 어떤 급부행위를 하여 원상으로 회복할 필요가 있는 것과 같은 경우에 있어서의 의무의 부담을 규정하는 것으로, 소유권과 같이 환매의 의사표시에 의하여 당연 원권리자에게 복귀하는 것에는 그 적용이 없다(상동).

[참 조] 당사자의 일방이 그 해제권을 행사하였을 때에는, 각 당사자는 그

상대방에게 원상을 회복할 의무를 진다. 단, 제3자의 권리를 해할 수 없다.
전항의 경우에 있어서 반환하여야 할 금전에는 그 수령시로부터 이자를 붙여야 한다(민법 제545조).

1. 민법 제176조의 소위 의사표시는 물권의 설정 또는 이전의 의사표시를 지칭하고, 환매의 의사표시는 이를 포함하지 아니한다(상동).

[참 조] 물권의 설정 및 이전은 당사자의 의사표시만에 의하여 그 효력이 발생한다.
해제권의 행사는 손해배상의 청구를 방해하지 아니한다(민법 제176조).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】 박춘근
소송대리인 김찬영 가고정태랑(加古貞太郞, 가꼬)
【피상고인】 용원채

위 당사자 간의 토지환매 청구사건에 관하여 1916년 9월 20일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인[1]의 본건 청구의 원인인 사실은, 피상고인은 1915년 6월 11일 본건 전답을 다른 답 17두락과 함께 대금 4,060원으로 상고인[2]에게 매도하고, 이와 동시에 2년간은 피상고인이 위 대금을 반환하여 이를 환매할 수 있는 특약을 하였지만, 그 후 위 17두락의 답은 홍수로 인

1) 원고, 피항소인
2) 피고, 항소인

하여 손괴됨으로써 당사자 협의하에 위 17두락을 공제하고, 또한 그 대금 510원을 감액하여 본건 토지대금을 4,090원으로 정함으로써, 피상고인은 1916년 2월 3일 상고인에 대하여 현금 4,090원을 제공하여 본건 전답을 환매한다는 취지의 의사표시를 하였다는 것이다. 상고인은 위 환매의 특약이 있는 점 및 대금감액의 사실을 인정하지만, (1) 같은 환매조건부 매매계약은 1915년 9월 10일 당사자 합의로 이를 해제하고, 같은 날 다시 본건 토지의 대금을 4,160원으로 증액함으로써 환매특약이 없는 단순한 매매를 하였다. (2) 가령 당사자 간에 매매계약을 해제하는 명백한 합의가 없었다고 하더라도, 같은 매매계약은 그 요소인 토지의 수량 및 대금액의 변경에 의하여 당연히 경개된 것으로, 구매매계약과 동시에 한 환매특약은 소멸하게 되었다는 취지의 항변을 한 점은, 원판결 및 원판결이 인용한 제1심판결의 사실의 적시에 의하여 명백하다. 그리고 위 제2 항변의 기본인 계약요소가 변경된 사실관계를 말한다면, 최초 당사자는 1915년 6월 11일 전 삼일경(三日耕) 및 답 162두락을 대금 4,600원으로 매매계약을 하고, 계약금 1,000원은 당일 이를 지급하고 잔금 3,600원은 매매증명완료 후에 이를 지급한다고 약속한 점은, 갑 제1호증 매매계약서에 의하여 명백하다. 그리고 피상고인은 매매계약성립 당시 토지의 소유권보존증명서류를 상고인에게 인도할 의무가 있는 바, 과거 당해 토지를 소외 이종묵에게 저당으로 제공하고, 소유권보존증명서류는 이종묵이 이를 소지함으로써 피상고인은 이종묵에 대한 채무를 변제하고, 당해 토지의 소유권보존증명서류를 돌려받아 상고인에게 인도하기 위하여, 당사자협의의 결과 상고인은 매매증명완료 전에도 형편에 따라 토지대금잔액을 피상고인의 채무변제로서 이종묵에게 지급하여, 토지의 증명서류를 돌려받는 것으로 하고, 대금잔액 3,600원만으로는 채무액이 부족하므로 피상고인으로부터 별개의 금 476원을 내어 토지대금잔액 3,600원과 합하여 합계 금 4,076원을 이종묵에게 지급하였지만, 아직도 70원이 부족하므로 상고인이 이 70원을 지급하여 증명서류를 돌려받았다면, 상고인은 토지대금 4,600원 이외에 금 70원을 피상고인에게 더 지급하였다는 계산이 된다. 그리고 매매토지 중 17두락은 홍수로 인하여 손괴함으로써 1915년 9월 10일에 이르러 당사자 간에 위 매매계약을 해제하고, 손괴

된 답 17두락을 제외한 본건 토지에 관하여 새로이 매매계약을 함에 있어서, 피상고인은 손괴된 답 17두락의 대금 510원(원판결 사실적시의 부분에 "항소대리인이 답 17두락 붕괴로 인하여 감액된 금액은 510원이 아니라 476원이라고 정정신청을 하였다"는 것은 착오이다)을 상고인에게 돌려주고 잔금 4,090원 및 더 지급한 70원 합계 금 4,160원을 본건 토지의 대금으로 하였다. 그와 같이 토지의 수량 및 대금액을 변경한 것은 당사자 간에 다툼이 없다. 또한 원판결이 확정한 사실로서, 나아가 대금 70원을 증액한 점은 을 제2호증 매매계약서 대금액의 기재 및 증인 이종묵 그 밖의 증언 그리고 당사자의 변론과 더불어 실로 명백하다. 그리고 위 제2 항변의 취지는 최초의 매매계약은 당사자 합의로서 이를 해제한 사실이 없다고 하지만, 그 계약의 요소인 토지의 수량 및 대금액의 변경에 의하여 당연히 경개되었으므로 그 매매계약과 동시에 한 환매특약도 따라서 역시 소멸하게 되었다는 것이고, 대금액 및 토지수량의 변경은 위 제2 항변의 근거로서 본건을 결정하는 중요한 사실이다. 그런데 원판결의 이 점에 관한 설명을 보면, "가령 위 사실이 없다고 하더라도 을 제2호증 기재와 같이 대금액을 변경함으로써 본건 매매는 경개되고, 따라서 환매조건은 소멸하였다는 취지를 주장하였으며, 을 제1호증 내지 3호증에 의하면 위 주장과 같은 매매가 성립하였다고 하여도, 갑 제3, 4호증에 의할 때에는 위 을 각 호증은 본건 환매특약부의 매매에 대하여 증명신청을 위하여 작성된 가장의 것으로, 항소대리인 주장과 같이 새로이 매매가 성립하거나 본건 매매대금액을 변경한 점이 없는 사실을 인정하여야 하고, 을 제4, 5호증에는 이에 반하는 진술 기재가 있지만 조신(措信)하기 어려우므로, 위 항소대리인의 주장은 채용하지 아니한다"고 말하였다. 이 판지를 음미한다면, 위 제2의 항변으로 대금액의 변경만을 근거로 하여 토지수량의 변경을 포함하지 아니한 것과 같이 오인한 불법이 있을 뿐만 아니라, 또한 구매매계약을 해제하고 신매매계약을 체결한 점과 대금액의 변경을 혼동하여 신매매계약체결의 사실이 없으므로 대금액의 변경도 당연히 없다고 단정한 것과 유사하다. 그러나 매매계약체결 후 그 대금액을 변경하는 것은 통상 있을 수 있는 일이고, 대금액을 변경하지 아니하고 구매매계약을 해제하여 신매매계약을 체결하는 것도

있을 수 있다. 또한 구매매계약을 해제하고 신매매계약을 체결하지 아니하고 구매매대금만을 변경하는 것도 있을 수 있다. 따라서 본건 당사자 간에 이루어진 구매매계약의 해제와 신매매계약의 체결이라는 사실은, 대금액의 변경과는 전혀 별개의 사실로서, 아무런 필요적인 밀접한 관계를 갖는 것이 아니다. 그런데 원판결이 당사자 간에 구매매계약을 해제하고 신매매계약을 체결한 일이 없으므로, 반드시 대금액의 변경이 있는 것이 아니라고 인정한 것은 논리에 맞지 아니할 뿐만 아니라, 막연하고 이유불비의 판결임을 면할 수 없다. 또한 대금액의 변경이 없다는 인정이 갑 제3, 4호증에 의한 것이라고 하면 이것은 채증법칙을 그르치고 증거를 부당하게 채용한 위법한 판결이다. 왜냐하면 갑 제3, 4호증이라는 것은 참고기록(당사자 간 본건 부동산소유권이전증명절차이행청구의 별건 상고사건기록) 중 증인신문조서로서 같은 조서기재의 각 증언은, 대금액의 변경유무(대금 70원을 증액한 사실의 유무)의 점에 아무런 관계가 없는 것이기 때문이다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상고인의 제2의 항변인 본건 매매계약은 그 요소의 변경에 의하여 경개되었다는 취지는, 매매계약의 요소인 대금액 및 토지의 수량이 변경되었다는 의미라는 점은 의문이 없다. 그리고 최초 매매토지 중 17두락이 붕괴되었으므로 이를 공제하고, 그 부분의 대금 510원을 감액한 점은 당사자 간에 다툼이 없다. 또한 원판결은 위 사실을 확정하면서 상고인 항변과 같이 대금액변경의 사실이 없다고 판단한 것은, 심히 모순된 설명이다. 만일 위의 항변으로 단지 대금 70원을 증액한 사실을 기본으로 하는 것이라고 하고 이 사실이 없는 이상은, 그 밖의 대금액 또는 토지의 수량에 변경이 있어도 이것은 위 항변의 범위에 속하지 아니하므로 그 항변을 배척한 것이라고 한다면, 나아가 심히 오해라고 말하지 아니할 수 없다. 왜냐하면 상고인의 항변의 취지는 매매계약의 요소에 변경이 있으므로 당연히 경개되었다는 취지이므로, 당해 계약의 요소 중 어느 부분을 묻지 아니하고 만일 요소의 변경이 있는 경우에는 위 항변의 근거는 존재하는 것이라면, 법원은 그 항변을 채용하여야 함에도 불구하고 원판결은 그 설명과 같이 토지 17두락을 공제하고 대금 510원을 감액한 사실을 확정하면서, 아무런 이유

를 붙이지 아니하고 만연히 상고인의 항변을 배척한 것은 불법이다. 본건은 귀 법원에서 위 원판결이 확정한 사실에 의하여 상고인의 제2의 항변을 채용하여 원판결 및 제1심판결을 취소한 다음, 피상고인의 청구를 기각하여야 한다고 믿는다.

상고확장이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 판단에 이유를 붙이지 아니한 불법이 있다. 원판결 이유 모두에서 말하길 "당사자 간 다툼이 없는 사실 및 갑 제1호증과 갑 제4호증의 기재를 종합할 때에는, 피항소인이 항소인에 대하여 1915년 6월 11일 그 소유인 본건 전답 및 다른 답 17두락을 대금 4,600원으로 매도하고, 이와 동시에 향후 2년간 위 대금을 반환하여 상기 전답을 환매할 수 있다는 취지의 특약을 한 점 및 그 후 홍수로 인하여 다른 답 17두락은 붕괴되었으므로 이를 매매토지로부터 공제하고 또한 위 대금 중 금 510원을 감액하여 본건 전답의 대금을 금 4,090원으로 정한 것을 인정할 수 있다. 그리고 항소대리인은 항변으로서 (중략) 위 항소대리인의 주장은 채용하지 아니한다"고 설시하였다. 이를 본다면, 원심은 본건 당사자 간에 제1. 1915년 6월 11일 성립의 본건 전답 및 다른 답 17두락을 대금 4,600원으로 매도하고 동시에 환매특약을 붙인 매매계약과, 제2. 그 후 본건 전답을 4,090원으로 매도한 매매계약의 2개의 매매계약이 성립한 사실을 인정하였음은 명백하다. 과연 그렇다면 제1의 매매에는 환매특약이 부착되어 있음이 명백하지만, 제2의 매매에는 환매특약이 부착되어 있다는 취지의 기재가 조금도 원판결 이유 중에서 발견할 수 없다. 그리고 원판결은 제2의 매매에도 환매특약이 당연히 부착되어 있는 것과 같이 판정하고 있다. 이것은 상고인이 가장 복종하기 어려운 바이다. 달리 말한다면 원심은 제1의 매매계약 1개의 성립만을 인정하고 상고인의 소위 제2의 매매계약의 성립을 인정하지 아니한 것이 아니다. 원심에서의 사실상의 진술은 피항소인(피상고인)은 전부 제1심판결 사실적시를 인용하고 있다. 그리고 제1심판결에서의 피상고인(원고)의 사실상의 진술을 살피건대, 제1심판결 중 사실이라고 제(題)한 모두에서 말하길 그 청구원인으로서 별지목록 기재의 전답은 원래 원고의 소유인 바, 원고는 1915년 6월 11일 위 전답 및 답 17두락을 대금 4,600원으로 피고에게 매도하고, 이와 동시에 2

년간은 원고가 위 대금을 반환하여 피고로부터 환매할 수 있다는 취지의 특약을 하였다. 그 후 상기 전답 중 답 17두락은 홍수로 인하여 손괴됨으로서 당사자 협의 하에 매매전답 중에서 손괴된 답 17두락을 공제하고, 또한 대금 4,600원 중 손괴된 답에 대한 대금 510원을 감액하여 토지대금을 4,090원으로 정하고(갑 제1호증), 또한 피고에 대하여 당해 매도된 답에 대한 원고명의의 소유권보존증명완료증을 교부하였다(이하 생략)고 되어 있다. 즉, 손괴된 답 17두락을 공제하고 토지대금을 4,090원으로 정하였다(갑 제1호증)고 주장하고 있다. 원래 대금은 매매를 조성하는 요소이므로 일단 결정된 매매계약에서 대금을 변경할 때에는, 전계약은 경개된 것이 된다는 점은 (대심원판례), 학설과 판례 모두 일치하는 바이고, 사소한 의문도 받아들일 여지가 없다. 특히 말하자면 본건에서 매매의 목적물인 전답의 수량도 또한 17두락의 차이가 발생하므로, 본건 당사자 간에 전후 2개의 매매계약이 성립한 것은 가장 명백한 이치이다. 그렇다면 제1의 계약에 환매특약이 부착되었다고 하여도, 일단 경개된 이상은 당연히 소멸되고 뒤의 제2의 매매에 당해 특약이 전부(轉付)할 리가 없다. 그런데 원판결은 뒤의 매매계약에 당연히 환매특약이 부착되어 있는 것과 같이 인정하고, 나아가 아무런 설명 이유를 붙이지 아니함은 판단에 이유를 붙이지 아니한 불법이 있다고 믿는 이유이다.

살피건대, 원판결을 본다면, 원심은 피상고인으로부터 상고인에 대하여 1915년 6월 11일 피상고인 소유인 본건 전답 및 다른 답 17두락을 대금 4,600원으로 매도하고, 이와 동시에 향후 2년간 위 대금을 반환하여 상기 전답을 환매할 수 있다는 취지의 특약을 한 사실 및 그 후 홍수로 인하여 다른 답 17두락이 붕괴됨으로써 이를 매매토지로부터 공제하고, 또한 위 대금 중 금 510원을 감액하여 본건 전답의 대금을 4,090원으로 정한 사실을 인정하고, 상고인으로부터 항변으로서 주장한 바의 새로이 매매계약이 성립하였다는 사실 및 대금액을 4,160원으로 변경하였다는 사실은 이를 인정하지 아니하였음은 원판결의 설명에 비추어 명백하다. 따라서 원심은 당사자가 매매계약의 목적물 중에서 붕괴된 답 17두락을 공제하고 또한 이에 상당하는 대금 510원을 감액하여, 잔존 부분의 전답은 잔액 4,090원의 대금으로 여전히 그 매

매계약을 존립시키고, 지금까지 매매의 경개를 할 의사로 한 것이 아니라는 사실을 인정한 것임은 조금도 의심되지 아니한다. 그리고 매매의 목적물 중 일부의 토지를 공제하고 또한 일부의 대금을 감액하는 것과 같은 것은, 목적물의 변경 즉, 신목적물로서 구목적물에 대신하는 것과 달리, 단지 그 목적물의 분량에 차이가 발생하는 것에 그치고 목적물 그 자체를 변경하는 것이 아니므로, 이로써 매매의 요소를 변경한 것이라고 말할 수 없다. 그렇다면 원판결이 일부의 토지의 공제 및 일부의 대금의 감액을 인정한 것임에도 불구하고, 그 잔존부분에 있어서의 매매의 경개를 인정하지 아니한 것은 실로 상당하고, 또한 조금도 그 판시에 모순이 초래되는 것이 아니다. 따라서 위 논지 중 일부의 토지의 공제 및 일부대금의 감액은 매매의 요소를 변경하는 것이고 잔존부분의 매매는 경개에 의하여 신매매가 성립한 것이라고 하고, 또한 일부의 토지의 공제와 일부의 대금의 감액을 인정하여 매매의 요소의 변경을 인정하지 아니한 것은 모순된다고 하여 원판결을 비난하는 논지는 그 이유가 없다. 상고인은, 원심은 상고인이 제출한 항변에 관하여 대금액의 변경만을 근거로 하여 토지수량의 변경을 포함하지 아니하는 항변과 같이 오인한 불법이 있다는 취지를 논한다. 그러나 원심 1916년 9월 13일 구술변론조서에 의하면, 항소대리인(상고인)이 1915년 6월 11일의 매매계약은 대금액의 변경에 의하여 경개되고, 환매조건은 무효가 되었다고 진술한 기재가 있어도, 토지수량의 변경에 의하여 경개되었다고 진술한 흔적이 없다. 물론 그 대금액으로 변경되었다고 주장하기에 이른 것은 토지수량에 변경이 있다는 것에 의한 것은 아니지만, 명백히 토지수량의 변경에 의하여 경개되었다는 항변을 제출한 것이 아니다. 따라서 원판결이 상고인으로부터 을 제2호증 기재와 같이 대금액을 변경함으로써 본건 매매는 경개되고, 따라서 환매조건은 소멸하였다는 취지를 주장하였다고 하고, 갑 제3, 4호증을 원용하여 을 제1 내지 3호증은 본건 환매특약부의 매매에 대하여 증명신청을 위하여 작성된 가장의 것으로, 새로이 매매가 성립하거나 매매대금액을 변경한 것이 없다는 취지를 설시하는 것에 한정하여 그 주장을 배척하였으며, 특히 토지수량의 변경을 언급하지 아니함은 상당하고, 상고인의 항변의 취지를 오해한 불법이 있지 아니하다. 따

라서 이 점의 논지도 그 이유가 없다. 또한 상고인은 원심이 구매매계약의 해제는 신매매계약의 체결이 없으므로 대금액에 변경이 없다고 인정한 것과 같이 논하여 원판결을 비난한다. 그러나 원판결을 본다면, 원심은 소론과 같이 인정한 것이 아니다. 증거를 인용하여 상고인이 주장한 새로이 매매계약이 성립하였다는 것, 또한 잔존부분의 전답 매매대금은 4,160원으로 변경되었다는 것을 인정하지 아니한 것으로, 이는 오로지 원심이 증거판단 및 사실인정에 속하는 직권을 행사한 것에 해당한다. 따라서 아무런 위법이 없고 이 점의 논지도 그 이유가 없다. 또한 상고인은 원심이 갑 제3, 4호증에 의하여 대금액에 변경이 없음을 인정한 것이라고 하면 위법하다는 취지를 논한다. 그러나 원심은 갑 제3, 4호증에 의하여 바로 매매대금을 4,160원으로 변경한 사실이 없다고 인정한 것이 아니고, 같은 호증을 원용하여 을 제1 내지 3호증이 증명을 위하여 작성된 가장의 것임을 인정하고, 위 을 각 호증에 의하여는 새로이 매매가 성립하거나 매매대금액을 4,160원으로 변경하였음을 인정하기에 부족하다는 취지를 판시한 것에 해당함은, 원판결문에 비추어도 저절로 명백한 바이다. 그리고 위 대금이 원심이 증거판단에 속하는 직권을 행사한 것이므로, 아무런 채증법칙에 위반하는 점이 없고 이 점의 논지도 그 이유가 없다. 요컨대, 상고이유 제1점, 제2점 및 상고확장이유 제1점은 이상 설명하는 것과 같으므로, 모두 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

환매특약부의 매매계약을 한 당사자가 후일 대금액을 변경한 때에는, 계약경개에 의하여 환매특약이 소멸하게 된 것임은 제1점의 이유에서 말한 것과 같다. 가령 대금액의 변경이 있어도 매매계약은 경개된 것이 아니라고 한다면, 원판결은 다음과 같은 위법이 있다. 그것은 환매특약이라는 것은 매매계약과 동시에 이를 하여야 하고, 또한 매매대금을 원상대로 반환하여야 하는 약속이 환매특약에 필요한 조건인 것이다. 환언하면, 환매특약은 매매계약과 동시에 하여야 하는 결과, 환매특약의 요건인 대금 즉 환매를 위하여 매수인에게 반환하여야 하는 금액은 절대로 변경할 수 없는 것이라고 말하여야 한다. 따라서 대금액의 변경에 의하여 매매계약은 경개되지 아니한다는 가론으로 한

다면, 당사자가 매매대금을 변경하여도 환매특약은 특약의 매매대금을 원상대로 반환하여야 하는 요건하에 유효하게 존속한다. 매매대금을 변경한 결과 환매특약의 요건인 대금도 변경되었다고 말할 수 없다. 왜냐하면 환매특약은 매매와 동시가 아니면 이를 할 수 없는 법리로부터 보아 명확하기 때문이다. 따라서 1915년 6월 11일 매매계약과 동시에 한 환매특약이 유효하다고 하지만, 최초 매매대금인 4,600원을 반환하지 아니하면 환매를 할 수 없는 것임에도 불구하고, 원판결은 피상고인이 상고인에게 금 4,090원을 제공하여 환매의 의사표시를 한 것으로 본건 토지의 소유권은 피상고인에게 유효하게 이전되었다고 인정한 것은, 환매의 법칙을 부당하게 적용한 불법이 있다. 또한 가령 매매대금액을 변경한 때에 환매를 위하여 매수인에게 반환하여야 하는 대금액도 따라서 변경되고, 그 변경된 대금을 반환하여야 한다고 하면, 피상고인은 상고인 주장의 4,160원을 반환하지 아니하면 환매를 할 수 없으므로, 상고인 주장과 같은 대금변경이 있는지의 여부는 피상고인이 유효하게 환매를 하였는지의 여부를 판단함에 있어서 중요한 쟁점이 된다. 그런데 원판결은 제1점에서 설명한 것과 같이 증거에 의하지 아니하고, 또한 이유를 붙이지 아니하고 매매대금을 변경하지 아니하였다고 인정하고 만연히 피상고인의 청구를 인용한 것은 이유불비의 재판이다.

살피건대, 원판결은 본건 당사자 간의 매매에 관하여는 일부의 토지의 공제 및 일부의 대금의 감액이 있지만, 그 잔존부분의 매매로 경개되지 아니하고 환매특약은 여전히 존립하는 사실을 인정하였음은 그 판결문상 명백한 바이다. 그리고 환매특약은 매매계약과 동시에 하여야 함은 원래 두말할 필요가 없다고 하여도, 그 특약으로 일단 유효하게 성립한 이상은 당사자가 합의하에 매매에 관하여 경개를 하지 아니하고, 단지 그 일부의 목적물을 공제하고 그 일부의 대금을 감액하여 잔존부분에 있어서의 매매를 존립시킬 때에는, 그 공제 또는 감액의 부분에 있어서의 환매특약은 그 효력이 상실되고, 그 밖의 잔존부분에 있어서의 환매특약은 여전히 그 효력을 갖는다. 그리고 이것은 새로이 환매특약을 하였음을 인정하는 것과 다르므로, 조금도 환매특약은 매매계약과 동시에 이를 하여야 한다는 법의에 배치되는 것이

아니다. 그렇다면 원판결이 당사자 간에 일부의 토지를 공제하고 이에 상당하는 대금 510원을 감액하였음을 인정하고, 피상고인이 매매대금 4,600원으로부터 위 감액대금을 공제하여 그 잔대금 4,090원을 제공하여 환매권을 행사한 것을 시인한 것은 상당하고 아무런 위법도 없다. 그리고 상고인이 주장하는 매매대금은 4,160원으로 변경되었다는 사실은 원판결에서 증거를 원용하여 이를 인정하기에 부족하다는 취지를 판시하였음은, 상기 상고논지에 대하여 내려진 설명 중에 설시한 바로서 원판결에는 소론과 같은 위법이 없고 본 논지는 그 이유가 없다.

상고확장이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 사실을 부당하게 해석하고 또한 법률적용 착오의 불법이 있다. 원판결 이유 후단에서 말하길, 그리고 갑 제3 내지 6호증의 기재를 종합한다면, 피항소인이 상기 환매특약에 기하여 그 기간 내인 1916년 2월 3일(음 12월 30일) 현금 4,090원을 항소인에게 제공하고 환매의 의사표시를 하였음을 인정할 수 있으므로, 본건 전답의 소유권은 위 항소인의 유효한 환매권의 행사에 의하여 피항소인에게 이전되는 것은 명확하다(중략). 위 인정과 같이 환매기간 내에 현실로 대금을 제공하고 환매의 의사표시를 한 때에는 매매계약해제의 효력이 발생함과 동시에, 토지의 소유권은 민법 제176조에 의하여 당연히 매도인에게 이전되는 효과가 발생한다고 한다. 이것은 상고인이 복종할 수 없는 바이다. 원래 환매특약의 성질 및 효력은 민법 제579조가 명규하는 바로서, 즉 환매는 원매매의 해제이고 환매의 의사표시란 원매매의 해제권의 행사임은 조금도 의심할 여지가 없다. 그렇다면 본건 피상고인이 가령 환매권의 주체로서 이를 적법하게 행사하였다고 하지만, 그 효과는 민법 제545조에 명규하는 것과 같이 각 당사자는 상대방을 원상으로 회복시킬 의무를 지는데 그치는 것이고, 결코 본건 전답의 소유권은 그로 인하여 피상고인에게 이전하는 것이 아니다. 왜냐하면 소위 환매의 의사표시란 원매매계약의 해제의 의사표시에 해당하고, 해제의 효과는 본건 당사자로 하여금 서로 매매계약 이전의 원상으로 회복시킬 의무를 부담하는 것에 그치므로, 원판결의 설시와 같이 매매계약해제의 효력이 발생함과 함께 토지의 소유권은 당연히 매도인에게 이전하는 효과가 발생하는 것이 아니다. 왜냐하면 민법 제176조에

있어서는 물권의 설정 및 이전은 당사자의 의사표시만에 의하여 그 효력이 발생한다고 규정하고 있으므로, 이를 본건에 적용한다면 당사자 간에 본건 전답 소유권이전의 의사표시가 있음을 요한다. 그런데 원심은 환매 즉, 원매매계약해제의 의사표시가 있는 것만으로 원매매계약이 해제됨과 동시에 소유권이전의 의사표시가 있는 것이라고 하였다. 이것은 상고인이 원판결에 사실의 인정을 그르치고 법률적용의 착오의 불법이 있는 것이라고 믿는 이유이다.

살피건대, 적법한 환매권의 행사가 있는 때에는 매매해제의 효력이 발생하고, 기존의 계약관계를 소멸시켜 과거 계약이 없었던 것과 동일한 상태로 회복시키므로, 매매에 의하여 이전된 소유권은 환매의 의사표시가 있음과 동시에 당연 매도인에게 복귀하고, 별개로 소유권을 이전하는 의사표시가 있음을 필요로 하지 아니한다. 상고인은 민법 제545조의 규정을 인용하고 소유권을 원상으로 회복시킴에도 역시 같은 조에 의하여 소유권을 이전할 의무를 이행함으로써 하여야 하는 것과 같이 논하지만, 같은 조는 오로지 해제의 결과 어떤 급부행위를 하여 원상으로 회복하는 것이 필요한 경우에 있어서의 의무의 부담을 규정한 것이고, 소유권과 같이 환매의 의사표시에 의하여 당연히 원권리자에게 복귀하는 것에 그 적용이 없는 것이라고 해석하는 것이 상당하다. 그렇다면 원판결이 피상고인이 한 환매의 의사표시에 의하여 매매계약해제의 효력이 발생하는 것과 함께, 토지의 소유권은 당연히 매도인에게 이전하는 효과가 발생한다는 취지를 설시한 것은 상당하다. 그러나 원판결이 민법 제176조를 환매권의 행사에 의하여 소유권이 당연히 매도인에게 복귀하여야 하는 경우로 인용하고, 환매의 의사표시를 같은 조의 소위 의사표시에 해당한다고 한 것은 타당하지 아니하다. 왜냐하면 같은 조의 의사표시는 물권의 설정 또는 이전의 의사표시를 지칭하는 것임은 법문상 명백하기 때문이다. 그러나 환매의 의사표시가 있을 때에는, 소유권은 당연히 매도인에게 복귀하는 것이므로, 원판결이 위 법조를 인용한 것은 타당하지 아니하지만, 다른 이유에 의하여 결국 정당하므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고확장이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 중요한 소송절차에 위배된 불법이 있다. 본건 기록 중 원

심구술변론조서 80쪽, 81쪽에 다음의 기재가 있다. "피항소대리인은 을 제1, 2, 3호증의 성립 및 을 제4호증 내지 제6호증 원본의 성립을 인정하였다", "항소대리인은" "합의하에 위 신청을 허가한다는 결정을 선고하고 다음 기일을 오는 9월 13일 오전 9시로 지정하고, 같은 일시 출두를 명하였다"고 되어 있다. 위 결정은 민사소송법 제130조 제2항 제5호에 해당하는 것이므로, 조서에 기재하여 명확히 하여야 한다. 그런데 상기 구술변론조서에 의하여도 당해 결정이 무엇인지 더 나아가 명확하지 아니하다. 따라서 당해 조서의 무효를 초래하고 나아가 원심 전부의 파기를 면할 수 없는 것이라고 믿는 이유이다.

살피건대, 일건 기록을 본다면, 원심 1916년 8월 2일의 구술변론조서에 논지 중 적기하는 것과 같은 기재가 있다. 그 "합의하에 위 신청을 허가한다는 결정을 선고한다"라는 것은, 어떠한 신청을 허가한 것인지 같은 조서 중에는 위 신청이라는 것에 해당하는 신청의 기재가 없다. 또한 따로 결정서도 첨부되어 있지 아니하므로, 어떠한 신청인지 어떠한 결정인지 불명이고 소송절차상에 위법이 있다. 결국 신청이 없고 또한 결정이 없는 결과가 발생하지만, 위 구술변론조서 그 자체의 무효를 야기하지 아니함은 물론, 원판결을 파기하여야 할 이유가 되는 것이 아니다. 따라서 원판결의 파기를 주장하는 본 논지는 그 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

147 손해배상청구에 관한 건
〔대정5년민상제295호 1916년 12월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 항소심에서 제1심으로 환송한 판결은 중간판결이고 종국판결이

아니다. 따라서 당해 판결에 대하여는 상고를 할 수 없다.

【제 1 심】 대구지방법원 상주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 김상교
소송대리인 김응섭
【피상고인】 심섭 외 8인

위 당사자 간의 손해배상 청구사건에 관하여 1916년 10월 24일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원심은, 제1심법원은 변론기일로 정하여 소환을 한 1916년 7월 15일 오전 8시 본건의 호명, 그 밖의 적법한 변론을 거치지 아니하고 같은 해 7월 29일 변론을 하였으므로, 결국 제1심판결은 궐석판결을 하여서는 아니 되는 경우에 한 신궐석판결에 해당한다고 판단한 것은, 제1심법원 입회서기의 '15일'을 '29일'로 오기한 것을 진정한 기재라고 오인한 위법한 판결이다. 왜냐하면 원심이 인정한 것과 같이 제1심 피고대리인의 기일수서(受書) 및 제1심 신궐석판결 원본 난 외의 기재뿐만 아니라, 피상고인(원심항소인)의 주장사실 중 원법원(제1심법원)은 1916년 7월 15일 항소인의 고장(故障)[1]을 기각한다는 신궐석판결을 하고, 나아가 같은 사람은 상기 7월 15일 출두하지 아니한 취지를 진술하여 구술변론을 열고, 이에 따라 신궐석판결을 한 날은 7월 15일

---

1) 이의신청을 의미함.

임은 다툼이 없는 점 및 상기 신궐석판결원본 중 원고대리인이 출두하고 운운이라는 기재에 의하여 본건 제1심법원은 적법한 소환을 당사자 쌍방에게 송달한 구술변론기일인 1916년 7월 15일 적법한 변론을 열고 이에 따라 판결을 선고한 사실은, 일견 명료하고 조금도 의문의 여지가 없다. 따라서 본건 절차상 아무런 관계가 없는 29일이라는 기재는, 전적으로 입회서기의 오서임은 역시 실로 명백하다. 원래 변론의 연월일은 조서의 요건임은 두말할 필요가 없지만, 변론조서 중 여러 곳에 연월일을 적은 때에 각 상이한 연월일이 기재된 경우에는, 반드시 그 중 한 기재는 착오임이 명백하다. 그리고 본건 제1심 고장신청(故障申請) 적부에 관한 구술변론기일에 한 변론조서를 보건대, 그 전단에는 1916년 7월 15일로 명기하여 당사자 쌍방에게 송달한 소환기일, 제1심 원고대리인이 출두한 날, 피고대리인이 출두할 수 없다고 칭한 날 및 신궐석판결을 선고한 날 모두 서로 부합하여, 더욱더 전단 29일이라는 기재는 15일의 오기이고, 사건의 호명을 한 것은 7월 15일임은 의문이 없다. 뿐만 아니라 피상고인(항소인)이 제출한 항소장 및 본건 기록 중 판결정본송달증서에 의하면, 그 항소된 판결 즉, 제1심 신궐석판결정본은 1916년 7월 29일 이전 같은 달 26일 송달까지 종료하면서, 나아가 그 후에 재판을 진행한 기괴한 현상은 결코 있을 수 있는 사실이 아니다. 위와 같이 29일이라는 기재는 15일의 오기이고, 서기의 오기는 조서의 방식에 영향을 미치는 것이 아님에도 불구하고, 7월 29일 변론을 하였다는 기재는 오기로서 변론이 행하여진 것은 7월 15일이라고 단정할 수 없다는 원판결은, 사실의 인정을 착오한 위법이 있다.

살피건대, 상고는 항소심에서 한 종국판결 또는 중간판결로서 상소에 관하여는 종국판결로 보아야 하는 규정이 있는 것에 대하여만 이를 할 수 있고, 그와 같은 규정이 없는 중간판결에 대하여는 상고가 허용되지 아니한다. 그리고 항소심에서 한 환송의 판결은 그 판결에 의하여 일시 항소심의 계속을 이탈시킨다고 하여도, 제1심으로 환송한 다음 1심에서는 다시 본안에 관하여 판결을 하고 그 판결에 대하여는 다시 항소할 수 있으므로, 환송판결에 의하여 당해 사건은 종국한 것이라고 말할 수 없다. 따라서 당해 판결은 중간판결이고 종국판결이

아닐 뿐만 아니라. 당해 중간판결에 대하여는 상소에 관하여는 종국판결로 보아야 한다는 취지의 규정이 원래 존재하지 아니하므로, 항소심이 한 환송판결에 대하여는 상고를 허용하지 아니한다고 하는 것이 상당하다. 그런데 본건 상고는 원심이 한 “원판결을 폐기한다. 본건을 대구지방법원 상주지청에 환송한다”라는 판결에 대하여 제기된 것이고, 즉 상고가 허용되지 아니하는 판결에 대한 상고이므로 부적법한 상고로서 이를 기각하여야 한다.

이상 설명과 같이 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

148 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제180호 1916년 12월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 가족사망의 경우에 있어서 유산상속인이 피상속인의 장남 또는 장손인 것과 같은 제사자인 때에는, 가령 피상속인이 소극적 재산 즉 채무만을 남긴 경우라 하여도, 이를 승계하여야 함은 유산상속에 관한 조선 종래의 관습이다(상고이유 제1점).

1. 우리 나이로 17세의 자라고 하여도 절대로 법률행위능력을 갖지 아니한다고 말할 수 없다. 지능이 발달하여 실제로는 법률행위를 할 능력을 갖는 자가 있으므로 그 능력을 갖는지의 여부는, 법원이 사실 및 증거에 의하여 이를 인정할 수 있다(상고이유 제3점).

1. 판결이유 중에 그 나머지의 청구를 부당하다고 하는 취지를 설명하지만, 이것이 판결주문에 없을 때에는 판결탈루가 되고, 아직 판결이 없는 것이 된다. 그러한 경우에는 민사소송법 제242조의 규정에 따라 추가재판을 신청하고, 그 재판에 대하여 불복이 있으면 상고를 할 수 있으며, 판결주문이 없는 것에 대하여 부대상고를 하는 것은 부

적법하다(부대상고이유).

[참 조] 주된 청구나 부대청구 또는 비용의 전부나 일부의 재판을 할시에 탈루한 때에는, 신청에 의하여 추가의 재판으로 판결을 보충하여야 한다(민사소송법 제242조).

【제 1 심】 대구지방법원
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 최세용
법정대리인 같은 사람 모(母) 정정구
소송대리인 삼도미사랑(森島彌四郎, 모리시마)
복대리인 삼포현장(三浦顯藏, 미우라)
【피상고인】 김영길
소송대리인 김의균

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 6월 10일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인[1]으로부터 상고의 제기가 있고, 피상고인[2]으로부터 부대상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고 및 부대상고는 이를 모두 기각한다.
소송비용은 상고의 부분에 관하여는 상고인이 이를 부담하고, 부대상고의 부분에 관하여는 피상고인이 이를 부담한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결에 의하면 “조선에서도 가족사망하고 그 자에게 자가 있으면 사망과 동시에 유산상속이 개시되고, 유산상속인은 피상속인에 속한 재산상의 권리·의무를 승계한다는 관습이 존재한다. 그리고 따로 피

1) 피고, 항소인
2) 원고, 피항소인

상속인의 의무에 속하는 것으로 권리에 속하는 것이 없을 때, 환언하면 피상속인이 소극적 재산만을 갖고 적극적 재산이 없을 때에는, 유산상속이 개시하지 아니한다는 법규 또는 관습은 존재하지 아니한다. 오히려 조상을 숭경하고 제사하는 풍습이 성함은 현저한 바라는 점에서 보아도, 망부가 적극적 재산을 갖지 아니하고 소극적 재산만을 갖고 있는 때라고 하여도, 유산상속은 개시되는 관습이 있음은 명백하다. 그리고 항소인의 부 기동이 사망한 1908년 음 11월 24일에 있어서는, 기동은 그 부 즉, 항소인의 조부 성조의 가족이었음은 항소인이 인정하는 바이므로, 가족인 기동의 사망에 의하여 유산상속이 개시되고 항소인은 기동의 유일한 실자로서 기동에게 속한 재산상의 권리・의무 일체를 승계하는 것이라고 말하여야 한다. 그렇다면 항소인은 부 기동의 가독상속인이 아니지만 유산상속인이 아니라고 말할 수 없다" 고 되어 있다. 그러나 가족 사망의 경우에 그 가족의 자가 부(父)인 가족의 채무를 승계하는 것은, 그 가족(부)이 갖는 유산(적극적)을 승계한 결과로서 그 채무도 부담하는 것이다. 부인 가족이 아무런 유산(적극적)을 갖지 아니하고, 따라서 아무런 상속할 것이 없음에도 불구하고 그 채무만 이를 승계 부담하는 관습이 없다. 즉, 원판결은 유산에 관한 관습을 부당하게 인정한 것이다.

살피건대, 가족 사망의 경우에 유산상속인이 피상속인의 장남 또는 장손과 같은 제사자인 때에는, 가령 피상속인이 소극적 재산 즉, 채무만을 남긴 경우라 하여도 이를 승계하여야 함은, 유산상속에 관한 조선 종래의 일반 관습이다. 따라서 피상속인이 적극적 재산을 갖지 아니하고 소극적 재산 즉, 채무만을 남긴 때라 하여도 유산상속의 개시가 있음은 물론이므로, 원판결이 본 논지에 적기하는 것과 같이 피상속인의 의무에 속하는 것 뿐 권리에 속하는 것이 없을 때라 하여도 유산상속이 개시됨을 판시하고, 상고인은 최기동의 유일한 실자로서 그 부의 채무를 유산상속에 의하여 승계하는 것임을 인정한 것은 위법한 것이 아니므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

상기와 같이 원판결은 일면에서 상고인이 부(父) 기동의 가독상속인이 아닌 사실을 확정함과 동시에, 다른 일면에서 상고인은 기동의 유

산상속인이라고 인정하였다. 그러나 상고인이 기동의 유산상속인이라는 사실은 피상고인이 주장한 사실이 아니고, 피상고인은 상고인으로서 최기동의 가독상속인(제사상속, 호주상속의 병칭)이라고 하여 상고인에 대하여 본소의 청구를 하게 된 것임은, 원판결에 적시하는 바로서 이미 가독상속인이 아님을 확정한 이상은 피상고인의 청구를 기각하여야 함에도, 나아가 상고인을 기동의 유산상속인이라고 인정한 것은 당사자의 주장에 기하지 아니하고 사실을 확정한 불법한 재판이다.

살피건대, 원판결의 사실적시 및 원판결에 인용된 제1심판결의 사실적시에 의하여도, 피상고인(원고)은 상고인(피고)이 가독상속을 하였다고 주장하여 본소의 청구를 하였다는 취지의 기재가 없고, 반대로 제1심판결의 사실적시 중에는 피상고인의 주장으로서 상고인이 상속을 하였으므로 본소에 이르렀다는 취지의 기재가 있다. 그리고 상고인이 상속을 하였음은 유산상속인 이상은 위 상속 운운은 유산상속을 하였음을 지시하여 주장한 것으로 해석할 수 있다. 따라서 원판결에서 상고인이 유산상속을 하였다는 사실을 인정하여 대금변제의 의무가 있음을 판시한 것은, 피상고인의 주장에 기하지 아니하고 사실을 확정한 것이라고 말할 수 없으므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

상고인의 부(父) 기동이 1905년 을사년에 세는 나이 17세의 유년자였음은 원판결이 확정하는 바이다. 그리고 그러한 유년자에게 법률행위를 할 능력이 없음은 우리들의 경험적 지식에 의하여 명백하다. 그런데 원판결은 증인 조경환의 "최기동은 당시 겨우 16, 7세이지만 그 의사능력에 있어서는 성년자도 미치지 아니할 정도였다"는 증언과 갑 제1호증의 조사(措辭) 및 필적에 의하여 법률행위를 하기에 충분한 능력을 갖고 있었다고 인정하고, 최기동의 본건 법률행위에 관한 상고인의 취소의 의사표시를 배척하였다. 그러나 원심이 최기동의 행위능력을 인정하는 자료로서 인용한 증인 조경환의 증언, 즉 최기동은 그 의사능력에 있어서는 성년자도 미치지 아니하는 정도였다는 진술은, 전적으로 증인의 지식적 판단에 속하는 자신의 의견을 표명한 것이고, 구체적 사실에 속하는 과거의 견문을 진술한 것이 아니므로 증언으로서 이를 채용하는 것은 위법하다. 또한 갑 제1호증의 조사라고 하여도

같은 증에는 녹용 무게 16냥 5전을 엽전 4,200냥으로 정가(定價) 작정(作定)하여 선불로 이용하기 쉽게 하고 … 로 되어 있고, 피상고인의 주장에 의하면 4,200냥의 차용증서를 작성하여야 함에도, 녹용매수대금의 지급증서를 작성하고 있고, 차용증서와 매수증서와의 기재례를 모르는 것으로 인정하고, 나아가 자세하게 음미하면 갑 제1호증은 차용증서인지 매수증서인지 의의불명확한 문장으로, 조금도 조사답지 아니한 것이다. 또한 필적 자체라고 하지만 종전 조선인의 교육이 오로지 중점을 서법에만 둔 결과로서, 겨우 12, 3세의 유동(幼童)이 서(書)를 잘 하는 경우가 다수 있다. 따라서 필적 자체를 가지고 복잡한 법률행위능력의 유무를 판단할 자료로 하기에 부족하다. 실제로 원판결이 인용한 조경환의 증언에 의하면, 녹용대금은 358원이라고 한다. 그런데 최기동이 갑 제1호증에 이를 4,200냥(4,200원)으로 정가 작성한 것과 같은 법률행위능력이 불충분함을 표증하고 있다. 즉, 이 점에 관한 원판결은 쓸데없이 부적격한 증거를 열거하여 사실을 억단한 것에 불과하다.

살피건대, 우리 나이로 17세의 자라 하여도 절대로 법률행위능력을 갖지 아니한다고 말할 수 없다. 지능발달하여 실제로는 법률행위를 할 능력을 갖는 자가 있으므로, 그 능력을 갖는 자인지의 여부는 법원이 사실 및 증거에 의하여 이를 인정할 수 있다. 그리고 원판결이 최기동의 법률행위능력을 인정한 자료로 사용한 증인 조경환의 증언은, 같은 증인이 과거에 자신의 경험에 의하여 지득한 사실을 진술한 것에 해당한다. 따라서 가령 그 증언 중 "의사능력에 있어서는 성년자도 미치지 아니할 정도였다"는 것에 관하여는, 증인이 이를 지득함에 있어서 지식적 판단을 필요로 한다고 하여도, 결국 증인의 경험에 기한 것임은 명백하므로 단지 증인이 지식적 판단에 속하는 자신의 의견을 진술한 것과는 그 취지를 달리하고, 증언임을 방해하는 것이 아니다. 그렇다면 원심이 그 증언을 판단의 자료로 사용한 것은 위법하지 아니하다. 그리고 증언의 조사 및 필적을 참작하여 법률행위능력을 가진 자인지의 여부를 판단한 것은 오로지 사실심의 직권에 속하므로, 가령 갑 제1호증이 조사답지 아니하다고 하여도, 또한 필적에 관하여는 유년으로 능필의 자가 많다고 하여도 조금도 위 직권의 행사를 방해하

지 아니한다. 본 논지는 필경 원심이 증인 조경환의 증언 및 갑 제1호증의 조사, 필적을 종합 고려하여 최기동이 행위시 법률행위능력을 가진 자임을 인정한 것에 대하여, 원심과 증거판단에 관한 소견을 달리하고 원심의 직권에 속하는 증거판단 및 사실인정을 비난하는 것이 되므로 그 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결에 의하면 "위에서 설시하는 것과 같이 피항소인은 1905년 을사 10월 20일 경성에서 최기동에게 지폐 420원 상당의 엽전 4,200냥을 대여한 것으로 … (중략) 최기동이 부담하고 있었던 본건 채무를 승계하여야 함은 당연하다. 항소대리인이 제출 또는 원용한 각 증거에 의하여는 앞의 판단을 번복하기에 부족하다"라고 되어 있다. 그러나 법원은 민법 또는 민사소송법의 규정에 반하지 아니하는 한, 변론의 전취지 및 증거조사의 전결과를 참작하여 판단하여야 하는 것으로, 우선 당사자 일방의 변론의 취지 및 증거조사의 결과만에 의하여 판단을 하고, 그런 다음 다른 일방의 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 대조하여 앞의 판단을 번복하기에 충분한지의 여부를 심사하여야 하는 것이 아니다. 그런데 원판결은 그 이유에 명언하는 것과 같이 우선 피상고인 일방의 변론의 취지 및 증거조사의 결과만을 증거로 하여 피상고인 이익의 판단을 하고, 그런 다음 상고인이 제출한 증거를 참조하여 앞의 판단을 번복하기에 부족하다고 한 것은, 민사소송법 제217조의 규정에 위배된 것이다. 그러므로 상고인이 원심에 제출한 제3, 4의 항변 및 이에 동반하는 을 제10호증에 대하여는 전적으로 이를 무시하기에 이른 것이다.

살피건대, 원판결을 한 판사는 원심에서 당사자 쌍방의 소송관계를 표명하고 입증의 결과에 관하여 변론을 한 최종구술변론에 임석한 판사임은 일건 기록상 명백한 바이다. 따라서 변론의 전취지 및 증거조사의 결과를 참작하여 당사자 쌍방이 주장한 사실 중 어느 것이 진실이라고 인정하는지의 여부를 자유로운 심증에 의하여 판단함으로써, 피상고인의 사실상의 주장을 채용하고 상고인의 사실상의 주장을 배척한 것임은 조금도 의심할 여지가 없다. 따라서 소론과 같이 우선 피상고인의 변론의 취지 및 증거조사의 결과만을 증거로 하여 그 이익

의 판단을 하고, 그런 다음 상고인의 변론의 취지 및 증거조사의 결과를 참조하여 앞의 판단을 번복하기에 부족하다고 판단하였다고 논할 수 없다. 그렇다면 원판결에서 그 재판의 이유를 설시함에 있어서 우선 신용한 증거에 기하여 당사자 일방의 사실상의 주장을 진실이라고 인정한 이유를 기술하고, 다음으로 다른 일방이 제출 또는 원용한 증거에 의하여는 앞의 판단을 번복하기에 부족하다는 취지를 기술하여도, 이는 하나의 설명의 편의상 전후의 순서를 둔 것에 불과하다고 인정할 수 있다. 따라서 원판결에는 소론과 같은 민사소송법 제217조의 규정에 위배하여 재판을 한 불법이 없으므로, 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

본건 갑 제1호증의 성립당시(1905년) 상고인의 부(父) 기동이 17세(우리 나이)의 유년자였던 사실은 원판결이 확정하는 바이다. 그러한 유년자는 아직 법률행위를 할 능력을 갖지 아니하는 것이 보통 일반적인 일이다. 그런데 원판결은 증인 조경환의 증언과 갑 제1호증의 조사 및 필적 자체에 의하여 법률행위를 할 충분한 능력을 갖추고 있다고 인정하였다. 그러나 원판결이 인용한 조경환의 증언은 "최기동은 당시 나이 겨우 16, 7세이지만, 그 의사능력에 있어서는 성년자도 미치지 아니할 정도였다"고 되어 있을 뿐이고, 추상적으로 증인의 의견을 개진한 것에 그치며, 구체적으로 경험의 결과를 표명한 것이 아니다. 따라서 증언으로서 이를 채용할 수 없는 것일 뿐만 아니라, 그 소위 성년자란 과연 몇 세에 달한 것을 지칭하는지 불명이다. 민법 제3조에는 만 20세로서 성년으로 한다는 취지의 규정이 있지만, 민사령 제11조에 능력에 관한 규정은 조선인에 이를 적용하지 아니하고 관습에 의하는 것으로 되어 있으므로, 증인 조경환의 소위 성년자란 민법 제3조에 소위 20세에 달한 자를 가리킨 것이라고 인정할 수 없다. 오히려 증인 그 사람이 조선인인 바로서 본다면, 조선관습의 성년자를 말한다고 인정하는 것이 상당하다. 그리고 조선관습에 의하면, 고래 남자는 관례(冠禮)를 한 자로서 성년으로 칭하고, 동유(童幼)와 구별하고 있었다. 그러나 그 관례를 함에 있어서 연령상 일정한 표준이 없고, 그 가의 빈부에 의하여 10세에 하는 자가 있고 15세에 하는 자가 있으며, 또는 빈곤하기 때문에 20세를 초과하여도 할 수 없는 자가 있다.

따라서 성년자라는 말은 연령의 숫자를 표시하는 표준으로 할 수 없으므로, 증인 조경환의 소위 성년자도 미치지 아니하는 정도였다는 비교표시는 결국 불명이 된다. 뿐만 아니라 조경환의 증언에는 의사능력이라고 한다. 그러나 의사능력의 유무와 행위능력의 유무와는 지능의 발달에 큰 차이가 있으므로, 가령 의사능력이 있다고 하지만 이로써 바로 행위능력이 있다고 인정할 수 없다. 또한 원판결에 갑 제1호증의 조사(措辭)라고 하지만, 그 조사인지 실로 믿을 수 없다. 갑 제1호증은 현금 4,200냥의 차용증서임은 피상고인이 제1심 이래 주장하는 바이지만, 다시 갑 제1호증을 본다면, 그 문구는 녹용 무게 16냥 5전을 대가 4,200냥으로 정하여 우선 그 녹용을 매입할 대금은 11월 20일에 지급한다고 하는 것이고, 현금 4,200냥을 차용하였음에 대하여 대주(貸主)에게 제출한 증서로 인정할 수 없다. 즉 피상고인 주장의 사실과 갑 제1호증의 문구와는 그 의의를 달리할 뿐만 아니라, 실제로 피상고인과 같은 자는 원심에서 이 문구를 녹용 16냥 5전을 약간의 가격으로 정하고 그 가격을 지급하기 위하여, 엽전 4,200냥을 차용하였다는 취지의 의미라고 주장하고 있고, 갑 제1호증의 조사는 심히 믿을 수 없다. 또한 원판결에 갑 제1호증의 필적 자체라고 하지만, 지금부터 10수년 전의 조선인교육은 오로지 습자에 중점을 두어 하였음은 현저한 사실로서, 그 결과로서 구교육방법 아래에서 길러진 조선인은 동유라고 하여도 대개 필적은 양호하였다. 따라서 그 필적으로 그 사람의 지능의 발달이라고 하기에 부족하다. 특히 법률행위능력에 있어서 증거의 채부사실의 인정은 원심법원의 직권이라고 하여도, 상기와 같은 불확실하고 부적당한 자료만으로 상고인의 부 최기동이 법률행위를 하기에 충분한 능력을 갖추고 있었다고 인정한 것은, 이유불비의 재판이라고 사료한다.

살피건대, 조선인에 있어서는 연령으로 성년자, 미성년자를 구별한 법규 또는 관습이 없으므로, 원판결에 인용된 증인 조경환의 증언 중 성년자라는 말은, 증인이 상식이 발달하고 법률행위를 하는데 이해를 식별할 수 있는 지능을 갖는 자를 지칭하는 의미로 사용되는 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 원심이 그 증인의 증언 및 갑 제1호증의 조사, 필적을 종합 고려하여, 최기동은 갑 제1호증 성립 당시 17세였

지만 법률행위를 하기에 충분한 능력을 갖고 있었던 자라고 인정한 것은, 필경 증거판단, 사실인정의 직권을 행사한 것에 해당하고 아무런 위법이 없다. 본 논지는 누누이 상술한 바이지만, 요컨대 상고이유 제3점의 논지를 부연함에 불과하므로 그 논지가 이유 없음은 위 상고이유 제3점의 설명에 의하여 이를 이해하여야 한다.

부대상고 이유는 다음과 같다.

원판결은 사실을 오인한 위법이 있다. 본건 부대상고인은 경상남도에, 부대피상고인은 경상북도에 주거하고 있음은 일건 기록에 비추어 명백하다. 그리고 위 양도에 있어서는 보통 거래상 엽전을 사용하고, 1냥이라고 하면 20전에 상당함은 현저한 사실이므로, 같은 지방의 인민 간에 거래를 함에 있어서 단지 몇 량인 수액을 표시하고 특히 엽전 1냥은 20전에 상당하다는 취지의 표시를 하지 아니한다. 물론 같은 지방 인민 간의 거래에 있어서는 거래의 당시 다른 지방 즉, 엽전이 통용되지 아니하는 지방이라도, 또는 외국이라도 이를 묻지 아니하고 종래의 관례에 따라 증서상 엽전으로 표시하는 것 역시 일반 거래상 현저한 사실이다. 나아가 본건에 관하여 부대상고인의 1심 이래 주장하여 온 사실은, 부대상고인이 경성에서 부대피상고인의 선대에 대하여 금전을 대여할 때, 신화폐를 인도하였지만 경상도에서 통용하고 있는 엽전 즉, 1냥은 20전이라는 향엽전의 계산으로 840원(4,200냥)을 대여하였다는 사실이다. 이에 대하여 증인 서병수, 이병수 등의 본건의 금액은 경상도의 엽전이라는 취지의 확실한 증언이 있는 바이다. 그렇다면 원법원은 이 사실에 관하여 마땅히 심리를 하고 과연 경엽전인지 또는 향엽전인지를 판단하여야 함에도, 원판결에 있어서는 단지 추상적인 판단을 내리고 “그 대차는 경성에서 행하여진 것이므로 같은 지역에서의 엽전의 호칭에 따라 그 수액을 표시한 것으로 인정할 수 있다 …”이라는 설시하에, 본건 금액은 1냥 10전으로 경상도의 엽전이 아니라는 판단을 하였다. 원래 위 판결의 이유로 하는 바는, 거래지가 경성이기 때문에 그 거래의 수액은 경성에 있어서의 엽전의 호칭에 따라 경엽전으로 수액을 표시한 것으로, 1냥은 10전이라는 취지의 인정이다. 환언하면 거래지가 경성이므로 금전의 수액은 경엽전이라는 판단이다. 그렇다면 원판결은 이점에서 매우 부당하다고 말하여야 한

다. 왜냐하면 당사자는 모두 1냥 20전에 상당하는 엽전을 사용하는 지방에 거주하므로, 1냥이라고 하면 특별한 표시가 없을 때에는 물론 20전이라고 인정하여야 하고, 거래의 장소가 경성인 한 가지로만 바로 1냥 10전에 상당하는 경엽전이라고 인정할 수 있는가. 그때 당사자의 의사는 어느 것에 따라야 하는 계약임을 어떠한 증거로 이를 인정하였는지, 또한 전술한 것과 같이 당시 입회한 증인 서병수, 이병수의 본건 대차금은 1냥 20전에 상당하는 지방의 엽전이라는 취지의 증언이 있고, 이에 반하는 1냥 10전에 상당하는 경엽전이라는 취지의 아무런 증거가 없음에도 불구하고, 무엇에 의하여 경엽전임을 인정한 것인가. 생각건대, 이것은 전적으로 증거에 의하지 아니하고 판단을 한 것임은 명료하다. 예를 들면 중국인 등이 경성에서 거래를 한 경우 그 증서에 냥으로 수액을 표시하였다고 한다면, 경성에서는 당오전(當五錢)을 사용하는 곳으로서 엽전의 표시가 없을 때에는 2전이 1냥에 상당하므로, 위 거래의 1냥을 바로 2전이라고 판단할 수 있는가. 이 경우에 있어서는 중국인 상호간의 관계이므로, 다른 증거가 없을 때에는 오히려 그들 간에 통상 이용되는 바의 냥으로 계산함이 적당하다고 말하여야 한다. 본건의 대차에 관하여 경엽, 향엽에 관하여 아무런 증거가 없을 때에는, 오히려 당사자 간 보통 사용하고 있는 곳의 거소의 금전에 따르는 것이 적당하다고 믿는다. 전술한 것과 같이 본건 대차금은 지방의 엽전인 1냥 20전 상당의 금전으로 이에 대하여 명확한 증거가 있음에도 불구하고, 원판결에서 단지 거래지가 경성이라는 한 가지로 아무런 증거에 의하지 아니하고 바로 경성에서 사용된 1냥 10전에 상당하는 경엽전이라고 판단한 것은, 위법하고 파기를 면할 수 없다.

살피건대, 본 논지는 결국 피상고인(부대상고인)이 상고인(부대피상고인)의 부(父) 최기동에 대하여 대여한 4,200냥은 1냥을 20전으로 하여 계산하여 840원이라고 하여야 함에도, 원심이 1냥을 10전으로 계산하여 420원으로 하고, 다른 420원에 대한 피상고인의 청구를 배척한 것은 부당하다고 하며, 원판결의 파기를 구하는 것이다. 그러나 원판결을 보건대, 그 이유의 말미에서 “따라서 피항소인(피상고인)의 청구 중 원금 420원과 앞의 판시의 지연이자와의 청구는 정당하지만, 그 나머지의 청구는 부당하다. 따라서 원금 840원에 관한 청구를 인용한 원판결(제1

심판결)은 변경을 면할 수 없다”라는 설명이 있지만, 그 판결주문에서는 “원판결을 아래와 같이 변경한다. 항소인(상고인)은 피항소인(피상고인)에 대하여 금 420원 및 이에 1906년 9월 28일부터 1911년 10월 31일까지 연 2할의 이율에 따라 원본액에 초과하지 아니하는 한도에서 부가된 이자를 지급하여야 한다. 소송비용 중 제1, 2심의 소송인지대 10원을 피항소인의 부담으로 하고, 그 나머지는 모두 항소인의 부담으로 한다”라고 되어 있을 뿐, 피상고인이 청구하는 금 840원 중 상기 420원의 원리금 이외의 청구부분에 관하여는 이를 기각하는 취지의 판결이 없다. 그렇다면 가령 이유 중에서 그 나머지의 청구를 부당하다고 하는 취지를 설명하고 있다고 하여도, 그 판결주문이 없는 이상은 즉 판결에 탈루가 있는 것에 속하고 아직 판결이 없는 것이라고 말하여야 한다. 그러한 경우에는 마땅히 민사소송법 제242조의 규정에 따라 원법원에 대하여 추가재판을 신청하고, 그 재판에 대하여 불복이 있으면 상고를 할 수 있지만, 피상고인은 이렇게 하지 아니하고 판결주문이 없는 것에 대하여 부대상고를 하고 원판결의 파기를 구한 것은 부적법하므로, 피상고인의 부대상고는 이 점에서 기각을 면할 수 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고인의 상고는 그 이유가 없고, 또한 피상고인의 부대상고는 부적법하므로 모두 민사소송법 제452조, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

149 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제273호 1916년 12월 26일 판결〕

【판결요지】

1. 민법 시행일까지 구민사소송기한규칙 제3조 소정의 10년이 경과되지 아니한 채권은, 민법 시행법 제30조에 의하여 민법 제167조 제1항 소정의 10년이 경과할 때에 시효에 의하여 소멸하고, 이 기간

을 계산하려면 민법시행 전에 경과된 연월일수에 시행 후 경과된 연월일수를 통산하여야 한다(상고이유 제2점).

[참 조] 전 2조 이외의 채권을 원인으로 하는 소송은, 10년을 경과한 때에는 이를 수리하지 아니한다(소송기한규칙 제3조).

민법 시행 전에 출소기한이 경과하지 아니한 채권에 관하여는 민법 중 시효에 관한 규정을 적용한다(민법 시행법 제30조).

채권은 10년간 이를 행사하지 아니함으로써 소멸한다(민법 제167조 제1항).

1. 증인신문조서에 조선총독부 법원통역생 겸 서기 모(某)의 서명날인이 있는 이상은, 같은 사람의 입회통역에 의하여 행하여진 것이고, 그 통역을 하였음은 이를 조서에 기재하지 아니하여도 위법하지 아니하다(상고이유 제3점).

【제 1 심】 대구지방법원 상주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 권석기
소송대리인 김응섭
【피상고인】 박우양

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 9월 28일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

피상고인[1]은 상고인[2]에 대하여 금 140원의 채무를 부담함은 다툼이

---
1) 피고, 피항소인
2) 원고, 항소인

없는 바이다. 그리고 피상고인은 이미 이를 변제하였다고 하고 이를 증명하는 것은 단지 증인 권석봉 및 배우룡의 상호 부합하지 아니하는, 즉 910냥을 5인이 지참하였다거나 소를 끌어 운반하였다는 등의 극히 애매하고 신용할 수 없는 것이다. 뿐만 아니라 이에 더하여 갑 제1호증이라는 차용증서가 여전히 상고인의 수중에 존재하고, 또한 증인 김봉근, 권태섭의 증언에 의하면 피상고인이 1개월 후에 틀림없이 지급한다는 취지를 말하였다고 한다. 그런즉, 전채무는 아직 변상하지 아니한 것임은 명료함에도 불구하고, 막연히 김봉근, 권태섭의 증언은 신용할 수 없다고 하였다. 또한 소멸시효기간을 계산함에 있어서는 변제기한인 같은 해 11월 30일의 다음 날부터 기산하여 민법 시행일 즉 1912년 4월 1일까지는, 아직 만 10년이 경과하여 시효에 의하여 소멸된 채권이 아닌 것으로 민법시행일로부터 기산하여야 한다. 뿐만 아니라 그 사이 시효중단이 된 점은, 상기 김봉근 및 권태섭의 증언에 의하면 피상고인이 1개월 후 지급한다 라는 점이 명백함은 두말할 필요가 없다. 그런데 상고인에게 시효를 전제로 하여 패소를 선고한 것은 이 법칙을 적용하지 아니한 것이다. 이것은 상고인이 전심판결의 파기를 구한다는 이유이다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

가령 당해 채무를 변제하지 아니하여도 시효에 의하여 소멸되었다고 할 지라도, 민법 시행법 제30조에 "민법 시행 전에 출소기한이 경과되지 아니한 채권에 관하여는 민법 중 시효에 관한 규정을 적용한다"라고 되어 있다. 그리고 본건 채권은 1902년 4월 21일 대차계약에 의하여 성립하여 소송을 제기할 수 있을 때에 해당함에도 불구하고 바로 그 채권이 소멸하였다고 판단한 것은 아무런 증거력이 없는 증언에 의하여 사실을 인정한 위법이 있다.

살피건대, 본건 채권은 1902년 음 4월 11일의 대차계약에 기하여 그 변제기가 같은 해 음 11월 말일임은 원심이 인정한 사실이므로, 본건 채권은 소송을 제기할 수 있는 때, 즉 그 변제기한인 같은 해 11월 말일의 다음 날로부터 기산하여 민법 시행일, 즉 1912년 4월 1일까지는 아직 구 민사소송기한규칙 제3조 소정의 만 10년이 경과되지 아니한 채권이고, 민법 시행법 제30조에 따라 민법 중 시효에 관한 규정을 적

용하여야 한다. 따라서 본소 채권은 민법 제167조 제1항에 의하여 10년이 경과할 때에는 시효로 소멸하고, 이 기간을 계산하려면 민법 시행 전에 경과한 연월수는 시행 후의 날로부터 경과한 연월일을 통산하여야 한다. 그런즉, 본소 채권은 1902년 11월 말일의 다음 날로부터 기산하여 만 10년의 경과에 의하여 소멸하는 것이고, 본건 출소일은 1916년 3월 23일이므로, 원심이 시효중단 또는 포기가 없음을 인정한 다음 본소 채권이 시효에 의하여 소멸되었음을 판시한 것은 상당하다. 그런데 본 논지의 전단은 본소 채권의 시효기간은 민법 시행일로부터 기산하여야 하는 것이라 하여 원판결을 공격하는 것이므로 그 이유가 없다. 또한 증인 김봉근, 권태섭의 증언은 원심에서 채용되지 아니하였으므로, 본 논지의 후단은 필경 원심이 채용하지 아니한 증거에 기하여 원심이 인정하지 아니한 사실을 근거로 하여 원판결을 비난하는 것으로 역시 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 증인 권석봉, 배우룡, 박제침의 증언에 의하여, 본소 채권은 이미 소멸되었다는 피항소인(피상고인)의 주장은 진실이라고 운운이지만, 상기 각 증인의 신문조서에 의하면 수탁판사 천도이태랑(川島利太郎, 가와시마)의 질문에 의한 진술로서 증인 등은 모두 조선인임은 실로 명백하다. 보통 조선인은 특히 자격을 증명할 수 없을 때에는 일본어를 하지 못하는 것이 일반적이다. 그리고 증인 등의 신문은 누구의 통역에 의하였다는 기사는 조서에 나타나 있지 아니하므로, 결국 권석봉 외 2인의 증언은 과연 계관(係官)이 신문하는 취지를 이해한 다음 진술한 것인지의 여부는 알 수 없다. 당해 조서에는 “조선총독부 법원통역생 겸 서기 하중광”이라고 기재되어 있지만, 그것은 입회서기의 씨명을 기록한 것에 불과하고, 수탁판사와 증인과의 사이에 통역을 하였다고 인정할 수 없으므로, 당해 조서는 그 방식에 결점이 있다. 뿐만 아니라 실질상 증인 등은 각 그 조서의 기사와 동일한 진술을 한 것으로 단언하여서는 아니 된다. 그런데 원판결은 적법한 방식에 의하지 아니한 권석봉 외 2인의 증언을 인용하고, 본소의 채무는 이미 변제되었다고 판단한 것은 만연히 사실을 확정하고 법칙에 위배한 불법이 있다.

살피건대, 원심 증인 권석봉, 배우룡, 박제준의 신문조서를 본다면, 당해 조서에는 수탁판사와 각 증인과의 사이에 통역생 겸 서기 하중광이 통역한 취지의 기재가 없지만, 같은 조서에는 조선총독부 법원통역생 겸 서기 하중광의 서명날인이 있고, 같은 사람이 입회하여 그 통역에 의하여 행하여진 것임을 추인하기에 충분하고, 같은 사람이 통역을 하였음은 이를 조서에 기재하지 아니하여도 위법하지 아니하다. 따라서 원심이 같은 증인 등의 진술을 채용한 것은 위법하지 아니하므로, 이로써 위법하다고 하는 본 논지는 이유가 없다. 또한 증거의 취사판단은 사실심인 원심의 직권에 속하므로 이를 비난하는 본 논지는 원심의 직권인 증거의 취사판단을 비난함에 불과하므로, 적법한 상고이유가 되지 아니한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

150 토지소유권확인 · 인도 및 증명말소절차이행청구에 관한 건 〔대정5년민상제196호 1916년 12월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 조선형사령 시행(1912년 4월 1일)전에는 형법대전 제636조에 따라 일단 토지가옥을 전당잡히거나 매각한 때에는 타인에게 당해 물건을 다시 전당잡히거나 매각할 수 없으며, 이를 위반하는 자는 처벌되고 그 취득한 가액은 추징하여 후에 전당을 잡거나 매수한 자에게 환부한다. 또한 그 전당 또는 매도한 토지가옥은 앞서 전당을 잡거나 매수한 자에게 귀속시키고, 그 매매 또는 전당(典當)행위는 당연 무효이다. 그리고 형법대전은 비록 광무 9년(1905년) 4월 29일에 반포되었지만 그 이전에도 위와 같은 취지의 법규가 시행된 것으로 판단한다.

[참 조] 전택(田宅)을 이미 전매(典賣)(주 : 전당(典當)잡힌 물건을 매각하는

행위)한 자가 타인에게 다시 전매(典賣)를 한 때에는 그 취득가액으로 계산하여 제600조에 준하여 절도로 논하고, 그 가액은 추징하여 후에 전매(典賣)받은 자에게 환부하고, 전택(田宅)은 먼저 전매(典賣)받은 자에게 귀속한다.
단, 후에 전매(典買)한 자 또는 알선자가 그 정을 안 때에는 전매자(典賣者)와 같은 죄로 벌하고, 가액은 추징하여 몰수한다(형법대전 제636조).

1. 정당한 권원을 갖지 아니하는 자로부터 증여를 받은 것은 타인의 등기 또는 증명의 흠결을 주장함에 있어서 정당한 이익을 갖지 아니하므로 조선민사령 제13조 또는 민법 시행법 제37조의 소위 제3자에 해당하지 아니한다.

[참 조] 부동산에 관한 물권의 득실 및 변경에 관하여 조선부동산등기령 또는 조선부동산증명령에 규정된 그 등기 또는 증명을 받지 아니하면 이로써 제3자에게 대항할 수 없다(조선민사령 제13조).
[참 조] 민법 또는 부동산등기법의 규정에 의하여 등기하여야 하는 권리는 종래 등기 없이 제3자에게 대항할 수 있었다 하여도, 민법의 시행일로부터 1년 이내에 이를 등기하지 아니하면 이로써 제3자에게 대항할 수 없다(민법 시행법 제37조).

【제 1 심】 광주지방법원 전주지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 이협용
소송대리인 이한길 송본정관(松本正寬, 마쓰모토)
【피상고인】 김이수
소송대리인 윤태영

위 당사자 간의 토지소유권확인・인도 및 증명말소절차이행 청구사건에 관하여 1916년 6월 30일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인[1])으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

1) 원고, 항소인

원판결을 파기한다.

제1심판결을 폐기한다.

피상고인[2]은 전라남도 고창군 오산면 봉산리 평직자(坪職字) 7번 답8두락, 같은 리 직자(職字) 18번 답5두락, 같은 리 종자(從字) 5번 답8두락, 같은 리 종자(從字) 28번 답5두락, 같은 리 악자(樂字) 28번 답6두락, 같은 리 악자(樂字) 43번 답2두락, 같은 리 악자(樂字) 50번 답3두락, 같은 리 수자(殊字) 45번 답3두락, 같은 리 수자(殊字) 20번 답3두락, 같은 리 수자(殊字) 34번 답3두락, 같은 리 수자 (殊字) 40번 답3두락, 같은 리 영자(詠字) 1번 답5두락, 같은 리 영자(詠字) 3번 답6두락, 같은 리 영자(詠字) 10번 답4두락, 같은 리 영자(詠字) 12번 답1두 5승락, 같은 리 영자(詠字) 21번 답2두락, 같은 리 영자(詠字) 23번 답2두락, 같은 리 영자(詠字) 24번 답5두락, 같은 리 악자(樂字) 33번 답2두락, 같은 리 영자(詠字) 11번 답4두락, 같은 리 수자(殊字) 23번 답4두락 합계 84두(斗) 5승락(升落)은 상고인의 소유임을 확인하고, 상고인에게 이를 인도하며 또한 같은 답에 대한 피상고인 명의의 소유권보존증명말소절차를 이행하여야 한다.

소송비용은 제1, 2심 및 상고심 모두 피상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유는 다음과 같다.

원판결은 상고인이 본건 계쟁토지의 소유권을 취득함에 있어서 등기 또는 증명을 받지 아니하였으므로 제3자인 피상고인에게 대항할 수 없다는 이유로 상고인의 청구를 배척하였지만, 민법 시행법 제37조의 소위 제3자는 부동산에 관한 물권의 득실변경의 등기흠결을 주장함에 있어서 정당한 이익을 갖는 자에게는 적용되지 아니한다. 그렇다면 원심에서 본건 계쟁토지가 원래 은수룡의 소유인 점 및 은수룡의 사망 후 정당한 상속인은 은기성인 점 그리고 상고인의 선대가 위 은기성으로부터 소유권을 취득한 것이라고 하면서, 피상고인의 선대는 아무런 권리가 없는 은판성으로부터 홍순형을 거쳐 본건 토지를 매수

---

2) 피고, 피항소인

하였음을 인정한 이상은, 피상고인은 즉, 소유권을 갖고 있지 아니한 자로부터 매수한 경우로써 정당한 권한에 의하지 아니하고 권리를 주장하는 자이기 때문에 전기 민법 시행법 제37조의 제3자에 해당하지 아니함에도 불구하고, 원심은 한편으로 피상고인의 권원이 없음을 인정하면서 상고인에게 등기 또는 증명이 없어서 대항할 수 없다고 해석한 것은 위법한 판결이다.

추가상고이유는 다음과 같다.

원심은, 계쟁토지는 원래 소외 은수룡의 소유로서 동인의 사망에 의하여 그 가독상속인(家督相續人)인 은기성이 상속하고, 은기성은 1898년 음 11월 7일 당해 토지를 상고인의 전주(前主) 이재섭에게 전당잡히고 금 2,500냥을 차용하였으며, 그 후 1900년 음 2월 7일에 다시 금 1,000냥을 교부받고 전당잡힌 토지의 소유권을 이재섭에게 이전한 것이라고 인정하였으며, 다음으로 은기성은 1903년 음 11월 중 피상고인의 전주(前主)인 소외 김경중에 대하여 계쟁지의 소유권이전행위를 한 것이라고 인정하여, 소외 은기성은 1900년 음 2월 7일 계쟁지의 소유권을 상고인의 선대 이재섭에게 양도하고, 그 후 1903년 음 11월 중 위 토지를 피상고인의 전주(前主) 김경중에게 양도하여 이중으로 양도행위를 한 것이라고 인정하였다. 위 원심이 확정한 사실에 의하여 고찰한다면, 피상고인의 전주(前主) 김경중이 계쟁지의 소유권을 취득한 것은 상고인의 전주(前主) 이재섭이 계쟁지의 소유권을 취득한 이후의 일이고, 게다가 그 당시(1903년 음 11월 중)의 법률에서는 이중양도를 절대로 금지하고 있었으므로 은기성과 김경중 간의 소유권양도행위는 당연히 무효이다. 따라서 계쟁지의 소유권은 은기성으로부터 김경중에게 이전되지 아니한다. 따라서 피상고인이 김경중으로부터 계쟁지의 소유권을 전득하려고 하여도 법률상 불가능한 일이다. 그렇다면 피상고인은 본건 계쟁지에 대하여는 전혀 무권리자이므로 등기 또는 증명의 흠결을 주장할 수 있는 정당한 이익을 갖지 아니한다. 따라서 이 점에 관한 피상고인의 항변은 채용하여서는 아니 되는 것임에도 불구하고, 원심이 이를 채용하고 소외 이재섭의 권리승계자인 상고인의 청구를 배척한 것은 불법이다.

살피건대, 원판결을 본다면, 원심은 일면에서 본건 계쟁지는 원래

은수룡의 소유였지만, 동인은 1897년 중에 사망하였기 때문에 그 가독상속인(家督相續人) 은기성이 상속에 의하여 이를 취득하고, 동인은 1898년 음 11월 7일 계쟁지를 상고인의 전주(前主)인 부(父) 이재섭에게 전당잡히고 금 2,500냥을 차용하였으며, 그 후 1900년 음 2월 7일 다시 금 1,000냥의 교부를 받고 그 전당잡힌 토지의 소유권을 이재섭에게 양도하였고, 상고인은 위 이재섭의 사망으로 인하여 1913년 음 3월 24일 상속에 의하여 이를 취득한 사실을 인정하였다. 또한 한편으로는 위 은기성은 1903년 음 11월 중 피상고인의 전주(前主)인 김경중이 은기성의 부당한 처분으로 홍순형을 거쳐 취득한 본건 계쟁지에 대하여 김경중으로부터 금 1,000냥을 수령하고 동인에 대하여 그 소유권을 승인하고 도할양안(刀割量案)(주 : 토지 이전문서의 일종)을 교부함으로써 계쟁지에 관한 소유권이전의 행위를 하였으며, 피상고인은 1913년 4월 1일 이후에 위 김경중으로부터 계쟁지를 증여받았다는 취지의 사실을 인정하였다. 그리고 상고인 및 피상고인이 계쟁지를 취득한 것은 모두 조선민사령 시행 이후 즉, 1912년 4월 1일 이후 1년이 경과된 후라고 하고, 동령 제13조를 인용하여 상고인은 본건 계쟁지의 취득에 있어서 등기 또는 증명을 받지 않았으므로 제3자인 피상고인에게 대항할 수 없을 뿐만 아니라, 전주(前主) 이재섭의 취득에 대하여도 동령 시행 후에 등기 또는 증명을 받은 것이 아니라 오히려 피상고인은 계쟁지에 대하여 동령 시행 후 1년을 경과한 후에 취득하고 그 보존증명을 받은 것이므로 동령 제13조, 제1조, 민법 시행법 제37조에 의하여 위 민사령 시행 이후 1년 후에 취득한 피상고인에 대하여는 전주(前主) 이재섭의 취득으로써 대항할 수 없다는 취지를 설명하고 상고인의 본건 계쟁지의 소유권확인 및 그 인도와 보존증명말소절차이행청구를 배척하였다. 그러나 원래 조선에서는 조선형사령 시행 이전 즉, 1912년 4월 1일 이전에는 형법대전이 시행되고 있었고, 그 제636조에는 전택(田宅)을 이미 전매(典賣)한 자가 타인에게 다시 전매(典賣)한 때에는 취득의 가액으로 계산하여 제600조의 준절도죄로 논하고, 가액은 추징하여 후에 전매(典買)한 자에게 환부하고, 전택(田宅)은 앞서 전매한 자에게 귀속한다고 규정함으로써, 당해 법규의 적용을 받아야 하는 조선인은 일단 토지가옥을 전당잡히거나 매각한 때에는

또 다시 당해 물건을 타인에게 전당잡히거나 매각할 수 없고, 이를 범한 자는 처형되며 그 취득한 가액은 추징하여 후에 전당잡거나 매수한 자에게 환부하고, 그 전매한 토지가옥은 앞서 전당잡거나 매수한 자에게 귀속하며, 그 매매 또는 전당행위(典當行爲)는 당연무효이다. 그리고 형법대전은 광무 9년(1905년) 4월 29일에 반포된 것이지만, 그 이전이라고 하여도 위와 동일한 취지의 법규가 시행되고 있었음은 명률(明律)에 같은 취지의 규정이 존재하고 있고, 형법대전 반포 전에는 명률(明律)을 인용 처단하였음에 비추어 명백하다. 따라서 1898년 내지 1903년경에도 위와 동일한 취지의 법규가 시행되었음은 조금도 의심할 여지가 없다. 그렇다면 원판결 인정사실과 같이 계쟁지에 대하여 이미 소유자인 은기성이 1898년 중에 상고인의 전주(前主) 이재섭에게 전당잡히고, 다시 1900년 중에 그 소유권을 같은 사람에게 양도한 이상 은기성은 그 후 타인에게 다시 당해 물건을 양도할 수 없다. 가령 양도한다 하여도 그 양도는 당연 무효이다. 그런데 은기성은 1903년 중에 피상고인의 전주(前主) 김경중에게 계쟁지의 소유권을 양도하였다고 하여도, 이것은 법에 위반하는 행위로서 당연 무효이므로 김경중은 소유권을 취득할 수 없다. 따라서 피상고인이 같은 사람으로부터 증여를 받는다 하여도 애당초 소유권이 피상고인에게 이전될 이유가 없다. 그와 같은 정당한 권원을 갖지 아니하는 자로부터 증여를 받은 자는 타인의 등기 또는 증명의 흠결을 주장함에 있어서 정당한 이익을 갖고 있지 아니하므로, 설령 피상고인이 소유권보존증명을 받아 가지고 있었다고 하여도 이것은 아무런 효력이 없어 조선민사령 제13조 또는 민법 시행법 제37조의 소위 제3자에 해당하지 아니한다. 그렇다면 정당한 권원을 갖는 자로부터 취득한 소유권자는 이들 자에 대하여는 등기 또는 증명이 없어도 그 소유권으로 대항할 수 있음에도, 원판결이 마치 피상고인을 정당한 권원을 갖는 자로부터 소유권을 취득한 자로서 상고인의 등기 또는 증명의 흠결을 주장할 수 있는 제3자로 보고서 상고인의 청구를 배척한 것은 위법하여 원판결은 파기를 면할 수 없음과 동시에, 피상고인은 상고인의 본건 청구에 대하여 계쟁지에 상고인의 소유권이 있음을 확인하고 또한 이를 상고인에게 인도하여야 할 것이며 나아가 소유권보존증명말소절차를 거절할 수 없으므로, 이

사건에 관하여는 당원에서 바로 재판을 할 수 있을 것으로 판단한다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 그 이유가 있고 또한 상고인의 본건 청구에 관하여는 바로 재판을 할 수 있으므로 민사소송법 제447조, 제451조, 제72조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

151 대금청구에 관한 건
〔대정5년민상제255호 1916년 12월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 이자제한령에 의하여 이율을 정하여야 하는 원금은 당초의 계약의 원금액이다. 그리고 일부를 변제하여 그 원금액이 감소하여도 당초의 계약이 여전히 존속하는 한은 이율의 표준에 변경이 초래되지 아니한다(상고이유 제4점).

【제 1 심】 부산지방법원 통영지청
【제 2 심】 대구복심법원
【상고인】 탁자중
소송대리인 박승빈 외 1인
【피상고인】 신갑식

위 당사자 간의 대금 청구사건에 관하여 1916년 9월 28일 대구복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인[1]으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

1) 피고, 항소인

원판결 중 이자에 관한 부분 및 소송비용 중 항소인의 궐석에 의하여 발생한 것을 제외한 그 밖의 부분을 파기한다.

제1심판결 중 1914년 1월 3일부터 지급 당일까지 연 2할 5푼의 이자를 붙여 원고에게 변제하라는 부분 및 소송비용의 부분을 폐기한다.

상고인은 금 630원(圓)에 대한 1914년 1월 3일부터 지급 당일까지 연 2할의 이자를 붙여 피상고인[2]에게 변제하여야 한다.

이자에 관한 그 나머지의 청구는 이를 기각한다.

그 밖의 상고는 이를 기각한다.

소송비용은 제1, 2심 및 당심을 통하여 10분의 1은 피상고인의 부담으로 하고, 그 나머지는 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 가공(架空)의 사실을 인정한 위법이 없다면 증거를 부당하게 채용한 위법이 있다. 원래 본건에 관한 주요한 쟁점은 피상고인(피항소인)은 상고인(항소인)에 대하여 금 1,040원을 대여하였다고 주장하고, 상고인은 601원 40전(錢)(엽전 3,500냥)만을 차용하였다고 답변하고 있어 그 어느 것이 진정한 사실인가라는 것이다. 따라서 원판결을 보건대, 그 이유의 모두(冒頭)에서 "계쟁 채무는 항소인의 단독채무인지 또는 을 제1호증에 기재된 각인의 연합채무(聯合債務)인지 및 그 어느 것인지를 묻지 아니하고, 그 대차금액이 1,040원(圓)인지 또는 601원(圓) 40전(엽전 3,500냥)인지를 살펴보면, 당심 증인 김명서, 동 증인 양치호, 동 증인 이찬재 및 김인욱의 각 진술취지와 을 제1호의 기재를 종합하여 본다면 항소인은 융희 2년(1908년) 10월 19일 경성에서 이자는 매월 초 5전, 변제기한은 동년 12월 말일로 하여 금 1,040원(圓)(엽전 5,200냥)을 피항소인으로부터 수취하고 소비대차계약이 성립…" 이라고 설시한 후 상고인이 피상고인으로부터 금 1,040원(圓)을 차용하였음을 인정하였다. 그러나 위 판결에 채용 열거된 증인 등의 증언을 살펴보면, 증인 김명서는 "을 제1호증에 의하여 필요할 때마다

2) 원고, 피항소인

탁자중(상고인)이 신갑식(피상고인)으로부터 차용하였음을 알고 있었다”, 동 양치호는 “탁자중은 경성에서 소비한 비용 및 장래 사용할 비용을 합계 7,000냥 정도로 계산하고 운운하면서 을 제1호증을 작성하였으며, 경성에서 사용한 돈은 신갑식의 돈이라는 말을 들었다”, 동 이찬재 및 김인욱은 “탁자중, 김성칠이 필요한 돈을 경성에서 신갑식으로부터 차용하였는데, 탁자중은 신갑식으로부터의 청구를 받고 자신의 토지를 매각하여 지급하였다”라고 각 진술하고 있지만, 이들 증언 중에는 금액이 얼마인지에 대한 진술은 전혀 없으며 또한 을 제1호증에 ‘1,123원(圓)’이라고 기재되어 있을 뿐이며 결코 위 증언 및 을 제1호증 중에는 ‘1,040원(圓)’의 대차가 있었다는 취지는 없다. 그렇다면 위 증언 중 어떠한 점에서 1,040원(圓)임을 인정할 수 있는가. 이것은 전적으로 허무의 증거를 채용하여 가공의 사실을 인정한 위법이 있는 것이다. 만일 그러하지 아니하고 상기 각 증거로서 위 수액(數額)을 대차하였다는 취지의 진술, 기재를 채용한 것이라고 한다면 이것은 전적으로 증언, 증서의 취지를 변경하여 부당하게 채용한 위법임을 면할 수 없다.

살피건대, 원심구술변론조서에 의하면, 피항소대리인(피상고인)은 ‘사실관계로서 원판결에 적시한 것과 동일한 취지의 사실진술을 하였다’고 되어 있고, 제1심판결의 사실적시에는, 원고(피상고인)는 ‘피고에 대하여 1908년 10월 19일 금 1,040원을, 이자는 월 5푼, 변제기는 같은 해 12월 말일로 정하여 대여하였는 바’라고 되어 있다. 그리고 원심이 사실인정의 자료로서 원용한 을 제1호증에는, 위 계약의 사진남지도어기칠조(事鎭南紙島漁基七條)의 사업에 대하여 소용경비가 긴급하므로 지폐 1,121원을 사용한다는 취지의 기재가 있으며, 이를 원용한 증인 김명준 즉, 김명서의 “을 제1호증에 의하여 필요한 때마다 탁자중(상고인)이 신갑식(피상고인)으로부터 차용하였음은 알고 있었다”라는 증언 및 그 밖의 증언과 대조해 보면, 피상고인이 주장하고 있는 금 1,040원(圓)을 상고인에게 대여하였다는 사실을 인정할 수 있다. 왜냐하면 비록 을 제1호증에는 대차금액이 1,121원(圓)이라고 기재되어 있다 하여도 피상고인은 대차금액이 1,040원(圓)이라고 주장하고 있고, 그 금액은 을 제1호증에 기재된 금액의 범위 내이므로 원심이 위 증서

와 상기 증인의 증언에 의하여 피상고인이 상고인에게 위 범위 내의 금액을 대여한 것이라고 인정한 것은, 원심의 직권 증거판단에 속하고 그와 같이 인정하여도 무방하기 때문이다. 그렇다면 원심이 위 증거를 종합하여 피상고인의 주장을 인용하였음은 상당하고, 채증상 아무런 위법한 점이 없다. 따라서 본 논지는 그 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결은 증거를 부당하게 해석하여 사실을 인정한 위법이 있다. 본건 채무는 을 제1호증에 기재되어 있는 항소인 외 수인의 연합채무(連合債務)인지 또는 상고인의 단독채무인지를 중요한 쟁점으로 하고 있으며, 원판결은 이 점에 대하여 증인 김명서, 양치호, 이찬재, 김인욱의 각 증언 및 을 제1호증을 종합하여 “항소인이 본건 채금(債金)을 피항소인으로부터 수취함으로써 항소인과 피항소인 간에 동 금액의 소비대차가 성립되고, 항소인은 당해 금원을 목적의 용도로 사용하였으며, 통영으로 돌아 온 후 항소인과 그 밖의 5인과의 사이에 을 제1호증 기재와 같이 분담액을 협정한 사실을 인정하는 것이 상당하므로, 피항소인에 대하여는 항소인이 처음부터 단독으로 채무를 부담하였다고 인정하였다”라고 설시하였다. 따라서 위 신문조서를 본다면, 증인 김명서의 “항소인이 피항소인으로부터 필요한 때마다 얼마인가를 차용하고 을 제1호증을 작성 교부한 일, 항소인이 증인에 대하여 분담액을 청구한 일이 있다”는 취지의 증언 및 증인 양치호의 “을 제1호증은 위 차용 후에 성립하였다는 것, 을 제1호증 작성시 탁자중(상고인)이 단독으로 신갑식(피상고인)에 대하여 채무를 부담한 일이 없다는 취지 및 탁자중이 증인 등에 대하여 분담액을 독촉한 일이 있다”는 증언, 동 이찬재의 “탁자중의 차용증을 보고 각자 별도로 신갑식에게서 차용한 것으로 생각하고 있었다는 일, 신갑식에 대하여 부담하는 채무는 신갑식에게 지급한 일, 탁자중이 신갑식으로부터 독촉을 받고 지급하였다는 이유로 자신들에 대하여 분담액의 청구소송을 제기한 일 등이 있다”는 증언, 동 김인욱의 “본건 채무에 관하여 탁자중은 경성으로부터 돌아와 각자의 부담 부분을 정하자고 하고, 그 후 탁자중은 자신의 토지를 매각하여 지급하였다는 이유로 자신들을 상대로 분담부분에 대하여 청구소송을 제기하였다”라는 증언의 각 기재 및 을 제1호증에

각인의 성명이 열기되어 있고 분담액이 명료하게 기재되어 것으로 본다면, (1) 본건 채금 차용 후에 이르러 상고인 외 수인이 상의하여 을 제1호증과 같이 분담액을 정한 후 위 증을 피상고인에게 교부함으로써 피상고인이 위 증을 수령 보관하고 있었음은, 제1심 변론조서 중 원고 대리인의 “1912년 중 어윤적이라는 자 때문에 피고(상고인)가 그 증거로서 원고(피상고인)에게 교부한 증서(을 제1호증)를 빌렸다”라는 진술의 기재에 의하여 명백하다 할 것이다. 그렇다면 을 제1호증은 상고인 및 위 증인 등 수인 사이에만 성립한 계약이 아니라 상고인, 피상고인 및 증인 등의 수인 사이에서 성립된 것임은 조금도 의심할 여지가 없다 할 것이다. 과연 그렇다면 설령 본건 채무가 처음부터 상고인의 단독채무이었다 하더라도 위 계약 즉, 을 제1호증의 계약에 의하여 분담자 각자의 연합채무로 변경되었음은 다언(多言)을 요하지 아니하는 바이다. 더욱이 위 진술과 같이 양치호의 증언 중 탁자중이 신갑식에 대하여 을 제1호증을 작성해 줄 때에 단독으로 채무를 부담한 일이 없다는 취지의 진술에 의하여 항소인의 단독채무가 아님은 명료하다. (2) 더구나 위 증언 중 분담액에 대하여 상고인이 상기 수인에 대하여 소송을 제기하여 이를 청구한 점에 대하여, 객관적으로 원판결 기재와 같이 비록 상고인과 분담자 간에만 존재하는 계약(을 제1호증)이기 때문이라는 관점이 있을 것 같지만, 위 증서를 통람(通覽)해 보면, 이는 상기와 같이 이찬재가 진술한 탁자중이 신갑식으로부터 독촉을 받아 지급하였다는 이유로 자신들에 대하여 소를 제기하였다는 취지 및 위 김인욱이 진술한 탁자중이 자신의 토지를 매각하여 지급하였다는 이유로 자신들에 대하여 소를 제하였다는 취지로서 환언하면 탁자중 즉, 상고인이 대위변제를 하였기 때문에 구상(求償)을 청구하는 의미라고 밖에 할 수 없기 때문에 이러한 증언은 오히려 상고인의 이익으로 본건 채무가 상고인의 단독의 채무가 아니다는 점을 보다 명백히 해주고 있다 할 것이다. 그런데 원판결이 위 각 증언 중 을 제1호증이 차용 후에 성립한 점 및 분담액을 증인 등이 상고인에게 지급하였다는 점을 가지고 바로 본건 채무는 상고인의 단독채무라고 인정하고, 을 제1호증이 차용 후에 성립한 사실이 왜 단독채무의 증거인지, 또한 분담액에 대하여 상고인이 이를 청구한 원인이 분담액에 대

하여 대위변제한 의미인지의 여부를 조사하지 아니하고 바로 위와 같이 인정한 것은 전적으로 증거의 취지를 변경하여 부당하게 해석 채용한 위법이 있음을 면할 수 없다.

살피건대, 상고논지에서 든 증인 양치호의 “을 제1호증 작성시 탁자중(상고인)이 단독으로 신갑식(피상고인)에 대하여 채무를 부담한 일이 없다는 취지”의 증언, 동 이찬재의 “탁자중의 차용증을 보고 각자 개별적으로 신갑식에게 차용한 것으로 생각하고 있었다는 점, 신갑식에 대하여 부담한 채무는 신갑식에게 지급하였다는 취지”의 증언은 원심에서 채용하지 아니한 것이므로, 논지 중 위 증인의 증언에 기하여 원판결을 비난하는 것은 이유가 없다. 또한 을 제1호증에 상고인 외 5인의 이름과 그 각 분담의 금액이 기재되어 있다고 하여도, 위 기재로서 바로 소론과 같이 상고인 외 5인이 각자 피상고인에 대하여 두서의 금액변제를 계약한 것으로 반드시 인정하여야 하는 것이 아니다. 이를 증인의 증언에 대조하여, 을 제1호증의 대차는 상고인과 피상고인 간에 성립하고, 피상고인에 대하여 변제의 의무를 지는 것은 상고인 1인으로서 다른 5인은 직접 피상고인에 대하여 변제의 의무를 지는 것이 아니며, 단지 상고인에 대하여 을 제1호증 두서의 금액을 부담한다는 취지라고 해석하여도 무방하다. 그렇다면 원심이 을 제1호증과 증인의 증언을 종합하여 상기와 같은 인정을 한 것은 위법하지 아니하다. 또한 원심인정과 같이 상고인과 피상고인 간의 대차성립 후 을 제1호증 기재와 같이 분담액을 협정한 사실이 있다 하여도 반드시 소론과 같이 을 제1호증의 대차는 상고인 및 증인 등과 피상고인과의 사이에 성립한 것으로 인정하여야 하는 것이 아니다. 이를 인정하는지의 여부는 원심의 직권인 사실인정의 범위에 속하므로 원심이 을 제1호증 및 그 밖의 증거에 기하여 본건의 대차는 상고인과 피상고인 간에 성립한 것으로 인정하고, 을 제1호증의 계약에 의하여 분담자 각자의 연합채무로 변경되었다는 사실을 인정하지 아니한 것은 위법하지 아니하다. 그렇다면 (1)의 논지는 이유가 없다. 다음으로 증인 이찬재, 동 김인욱의 증언에 대하여 운위(云爲)하는 점은, 필경 원심의 직권인 증거판단을 비난하는 것에 불과하고, 또한 을 제1호증과 원심원용의 각 증인의 증언을 종합해 보면, 본건 대차가 상고인과 피상고인 간에

성립하였다는 사실을 인정할 수 있으므로 원심이 위 증거에 기하여 위 사실을 인정한 것은 상당하다. 상고인이 을 제1호증 기재의 각자의 분담액에 관하여 대위변제를 하였다는 사실은 원심에서 상고인이 주장하지 아니한 바이므로, 원심이 그 점에 관하여 판단을 하지 아니한 것은 상당하고 (2)의 논지도 모두 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결은 당사자 주장의 중요한 사실에 대하여 판단을 하지 아니한 위법이 없다고 한다면, 증거를 부당하게 해석한 위법이 있다. 본건 채무의 이자에 대하여 피상고인은 1908년 10월 19일 본건 금원을 이자는 월 5푼으로 정하여 대여하였다고 주장하고 있으나, 항소인(상고인)이 "피항소인으로부터 본건 금원을 차용할 때에 이자를 정하지 아니하였고, 진남지도(鎭南紙島) 등 6조(條)의 어업에 대하여 항소인과 피항소인 등 6인이 모두를 위하여 공동으로 경영하기로 하고, 만일 피항소인과 공동 경영을 할 수 없게 된다면 차용원금에 월 5푼의 이자를 지급한다는 계약이다"라는 취지(원심판결의 사실부분, 항소인이 제출한 사실보충신청서, 을 제1호증 참조), 즉 본건의 이자에 대하여는 조건을 붙여서 위 어기(漁基)(낚싯터)에 대하여 공동경영을 하기로 하고, 만일 이를 위약할 때에는 그 위약의 제재로서 비로소 월 5푼의 이자를 지급한다는 취지의 계약이었다는 것은, 원심에서 항소인이 제출한 사실보충의 신청 및 원판결 사실적시의 부분에 명기하고 있는 점 및 을 제1호증 중 "위 조(條) 중 6조(條)를 동 년도 동 사업 운운하면서 만일 위약이 있을 때에는 매월 음력 초하루에 위 금 7,831양(兩)에 대한 사용일부터 변제일까지 매양두(每兩頭) 5푼의 이자와 원금을 지급한다(錢七千八百三十一兩自用日至報給日每朔每兩頭五分式幷本利準報)"라는 기재에 따라 한 점 의문의 여지가 없다 할 것이다. 그런데 원판결은 "증인 김명서, 양치호, 이찬재, 김인욱의 증언 및 을 제1호증을 종합하여 항소인이 융희 2년(1908년) 10월 19일(음 9월 25일) 경성에서 이자는 월 5푼 즉 매월 매 원(圓)당 5전으로 정하여 차용하였음을 인정하고", 이를 기준으로 하여 금액을 계산한 다음 상고인에 대하여 1심판결 주문에 기재된 금액 그대로 변상을 명한 것이다. 그러나 위 각 증거의 어느 점을 증거로 인정한 것인지 위 증인 등의 증언에는 이자

에 관한 부분이 한 마디도 없고, 을 제1호증에는 위와 같은 조건부의 문의(文意)가 명기되어 있으므로, 원심이 이자를 인정하려면 먼저 어업공동영업에 관하여 위약이 있는지의 여부 및 만일 있다면 언제 어떠한 사실의 위약이 있는지의 점에 관하여 마땅히 상세한 조사를 하여 사실인정을 한 후에 이자의 지급을 명하여야 함에도 불구하고, 이와 같이 하지 아니한 것은 전적으로 위법임을 면할 수 없다. 또한 을 제1호증에 위와 같은 명문이 있으므로 이와 달리 해석을 하기 위하여는 또 다른 증거가 있어야만 한다. 그럼에도 원심은 단지 증인 김명서 등의 증언과 을 제1호증을 종합하여 운운하고 설시함에 그쳐서 어떠한 점을 채용하였는지 알 수 없지만, 위 증인의 증언 중 이자에 관한 부분이 전혀 없음은 원심의 기록에 비추어 명백하다. 따라서 이것은 전적으로 다른 증거 없이 을 제1호증의 문의(文意)와 다른 해석임을 충분히 알 수 있으므로 원판결은 이 점에서 위법이 명백하다. 만일 그러하지 아니하고 원판결이 항소인인 상고인의 이자부(利子付) 조건이라는 항변을 유탈하여 그 판단을 하지 아니하였다고 한다면, 이 역시 당사자 주장의 중요한 사실에 관하여 판단을 하지 아니한 위법이 있음을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결 이유를 본다면, 원심은 “진남지도어기7조(鎭南紙島漁基七條)의 사업을 위한 경비로 지폐 1,121원(圓)을 사용한다…금년도 동 사업을 할 의사로 계약한다…혹은 위약이 있으면 위 금 7,861량(兩)에 금전 사용일로부터 변제일까지 음력 매월 초일에 매양두(每兩頭) 5푼의 이자를 지급한다는 취지”의 기재가 있는 을 제1호증을 원용하고, 또한 “다만 운영과 관련 있는 어장에서의 어업은 불가능하였기 때문이다.…”라고 진술한 증인 양치호의 증언을 원용함으로써 “항소인은 융희 2년(1908년) 10월 19일(음 9월 25일) 경성에서 이자는 매월 원(圓)당 5전, 변제기한은 같은 해 12월 말일로 라고 하면서…, 항소인(상고인)과 피항소인(피상고인) 간에 동 금액의 소비대차를 성립시키고…”를 인정하였기 때문에, 원판결의 이유 중에 당사자 간에 있어서의 어기(漁基)의 공동경영이 실행될 수 없는 경우에는 을 제1호증 금액에 대하여는 이자를 지급하여야 한다는 계약이며, 그리고 어기(漁基) 공동경영은 실행에 이르지 못하였기 때문에 위 금액에 대하여는

이자를 지급하여야 한다는 취지가 당연히 포함된다고 인정하여야 할 것이므로, 원판결은 소론과 같이 위법이 있는 것이 아니다. 따라서 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

원판결은 이자제한령의 법의를 오해한 위법이 있다. 본건 대차의 원금 1,000원 이상에 해당하는 거래임은 원판결이 인정한 사실이므로, 그 이율은 당사자 간에 어떠한 고율의 계약이라도 이자제한령에 의하여 연 2할의 이율을 초과하는 부분은 무효임은 더 말할 필요가 없는 바이다. 그리고 그와 같은 대차관계 성립 후에 있어서 가령 그 일부변제에 의하여 대금 원금 1,000원 미만으로 감축되어도, 그 일부변제로 인하여 이전에 이미 법률상 확정된 이율이 갑자기 고율로 변경되어야 할 이유가 없음은 또한 한 점의 의문이 없다. 그런데 원판결은 이 이율의 점에 관하여 제1심판결이 위법하게 연 2할 5푼의 이율로 지급을 명한 것을 간과하여 그것과 같은 취지의 판결을 내린 것은 위법하다.

살피건대, 본소의 원고인 상고인의 청구는, 원고는 피고에 대하여 1908년 10월 9일 금 1,040원을 이자는 월 5푼, 변제기는 같은 해 11일 말일로 정하여 대여하였는데, 일부변제로서 금 410원 및 그 이자를 지급하였을 뿐 그 잔액을 지급하지 아니하였으므로, 그 잔액 630원에 1914년 1월 3일부터 지급당일까지 연 2할 5푼의 이자를 붙여 지급하라는 판결을 구한 것이다. 원심은 위 상고인의 청구를 인용하였지만, 1911년 제령 제13호 이자제한령 제1조에 의하면 원금 1,000원 이상의 대차에 대하여는, 이자는 연 2할 이하의 제한에 따라야 하고 이를 초과하는 부분의 계약은 무효가 됨은 물론이다. 그리고 대차원금의 금액 결정은 어디까지나 당초 대차계약이 성립한 때의 금액에 따라 이를 정하여야 하고, 그 후에 이르러 일부변제가 있어 원금의 금액이 감소되는 일이 있어도 당초의 계약이 여전히 존속하는 한 당초의 계약이 성립한 때의 금액을 원금으로 하여야 한다. 왜냐하면 만일 이에 반하여 일부변제가 있어 잔존 원금의 감소를 초래할 때마다 원금에 변경이 초래되는 것이라 하여 이에 대한 이자의 제한도 역시 변경할 수 있다고 하면, 이자제한령의 규정을 만든 입법의 취지를 관철할 수 없는 결과가 초래됨은 자명한 이치이다. 따라서 본건에서는 원판결 인정과

같이 당초 계약원금액은 1,040원이고 그 후 계약이 변경된 사실이 없으므로, 후에 이르러 일부변제의 결과 원금액이 1,000원 이하로 떨어져도 본소의 대차원금은 1,000원 이상임은 여전히 움직일 수 없는 사실이고, 원심은 마땅히 이자제한령 제1조의 규정에 의하여 피상고인이 청구하는 이율 연 2할의 부분만을 인용하고, 제한을 초과하는 부분인 5푼의 이자에 관하여는 그 청구를 기각하여야 함에도, 원판결은 그러하지 아니하고 피상고인의 청구전부를 인용한 것은, 이자제한령의 규정에 위배된 불법한 판결로서 상고논지는 이유가 있다. 원판결은 이 점에서 파기를 면할 수 없으므로, 원판결을 파기하고 제1심판결을 폐기하며 피상고인의 청구 중 제한을 초과하는 부분의 이자의 청구는 이를 기각한다.

이상 설명과 같이 본건 상고이유 제1점 내지 제3점은 그 이유가 없으므로 민사소송법 제452조에 의하여, 상고이유 제4점은 그 이유가 있으므로 같은 법 제451조 제1호에 의하여 나아가 같은 법 제73조를 적용하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

152 계산잔금청구에 관한 건
〔대정5년민상제270호 1916년 12월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 평안남도지방에서 물주(物主) 및 차인(差人)[1)]의 관계로 영업을 하는 자는, 그 영업명의인의 여하에 불구하고 당해 영업에 관한 거래에 관하여는 물주 및 차인은 연대하여 그 채무를 부담하여야 하는 관습이 있다(상고이유 제1점).

1) 종업원

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 김응석
소송대리인 장도 중촌시장(中村時章, 나까무라)
【피상고인】 제등구태랑(齊藤久太郎, 사이또)

위 당사자 간의 계산잔금 청구사건에 관하여 1916년 10월 2일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인[2]으로부터 상고의 제기가 있으므로 본원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】
본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】
상고이유 제1점은 다음과 같다.
원판결 이유 중 (전략) 갑 제4호증은 1914년 12월 27일 항소인[3]이 김기섭으로부터 받은 증서로서, 동 증서에는 김기섭이 항소인으로부터 차용한 금 5,800여 원은 이를 동인이 소지하고 있는 약속어음을 추심하여 지급하여야 할 것이나 만일 항소인이 조사한 바 어음발행인에게 자력이 없다고 인정할 때에는 김기섭 및 그 보증인인 피항소인이 전적으로 책임을 지고 바로 이를 지급하여야 한다는 취지의 기재가 있으므로, 증인 금정면삼(今井勉三, 이마이), 신정신장(新井新藏, 아라이) 등의 증서를 참조하여 고려한다면, 1912년 7월 이전에는 물론 그 후에도 피항소인은 물주(物主), 김기섭은 차인(差人)으로서 객주영업을 하고 그 관계에서 항소인과 거래를 하여 온 것으로 인정함이 타당하다 할 것이다. 그리고 조선 평안남도지방에서는 물주 및 차인의 관계로 영업을 하는 자는 그 영업명의인 여하에 불구하고 당해 영업에 관한

2) 피항소인, 피고
3) 피상고인, 원고

거래에 대하여 물주 및 차인 모두 연대하여 그 채무를 부담하여야 하는 관습이 있음은 증인 김용홍, 감정인 산근정치(山根政治, 야마네)의 진술에 의하여 명백하므로, 피항소인은 본소의 거래에 관하여 그 차인인 김기섭과 함께 연대하여 채무를 이행하여야 할 의무가 있음은 실로 명료하다(후략)고 판정하였다. 원래 갑 제4호증은 원심에서 피상고인이 인정한 것과 같이 피상고인의 점원이 그냥 작성한 것으로서 김기섭의 본의가 아님에도 불구하고 강제로 그 날인을 요청한 것이다. 만일 피상고인이 원래 상고인을 김기섭의 물주라고 인정하고 연대책임자라고 믿었다면, 본건의 금액에 관하여 상고인에 대하여 1회의 청구도 하지 아니하고 쓸데없이 김기섭을 상대로 하여 갑 제4호증과 같은 간접적이고 또한 박약호도(薄弱糊塗)한 증서를 수취할 이유가 없다. 따라서 갑 제4호증의 기재는 원래 상고인에 대하여 아무런 영향을 주는 것이 아니므로, 바로 그 증서의 문면(文面)만 가지고 상고인과 김기섭과의 사이가 물주와 차인의 관계라고 단정해버리는 것은 부조리함을 면할 수 없다. 뿐만 아니라 상고인은 1906년경부터 진남포에서 자기 단독명의로 객주영업을 하면서 피상고인과 거래의 관계를 개시하였지만, 김기섭 또는 그 밖의 자를 차인으로서 사용한 일이 없고, 1907년경에 이르러 상고인이 병에 걸려 귀향할 때 김기섭으로 하여금 일시적으로 영업대리인을 하게 한 것은, 본건의 제1심 이래 상고인이 주장해 온 바이고, 피상고인도 1911년 가을 이전에 있어서는 김기섭이 상고인의 차인이 아님은 역시 다투지 아니한 바이다. 그런데 원심이 1912년 7월 이전에는 물론 그 이후에도 상고인과 김기섭은 물주와 차주의 관계로서 객주영업을 하고, 피상고인과 거래를 하여 온 것으로 판정한 것은, 즉 1911년 가을 경부터 물주와 차인의 관계인지, 또는 1906년경부터 물주와 차인의 관계인지에 대하여 매우 명료하지 아니한 바로서, 결국 이는 이유불비의 점을 면할 수 없다. 그리고 조선의 일반 관습상 물주와 차인의 관계에 의하여 연대책임을 지는 경우는, 물주와 차인 모두가 상업명의로서 영업을 한 경우에 한한다. 뿐만 아니라 진남포 그 밖의 조선의 각 항구에서 공동영업자로서 연대책임을 지는 경우에는 미리 그 항구의 상업회의소{이전에는 각 항구에 존재한 신상(紳商)회사}에 대하여 반드시 공동영업의 신고를 하는 것이 관

습이 있다. 따라서 가령 그 내용에서 물주와 차인의 관계가 있다 하여도 원래 그 중의 1인의 명의로 영업의 신고를 한 경우에는, 그 익명자(匿名者)는 표면에서는 처음부터 아무런 책임을 지지 아니하는 바이다. 그런데 원심은 본건에 대하여, 김기섭 1인의 명의로 객주영업을 하고 또한 피상고인과 거래를 하여 온 것을 인정하면서, 바로 상고인과 김기섭이 함께 연대책임이 있다고 판정한 것은 조선의 관습에 위배된 불법한 판결이다.

살피건대, 원심이 인용한 증인 금정면삼(今井勉三, 이마이)의 신문조서 중 "김기섭과의 거래관계에 대하여는 동인을 김응석의 대리인으로 하여 시말(始末) 거래를 하고, 김응석의 부재시에는 그 명의로 김기섭에게 어음을 작성하게 한 일이 있으며, 그 횟수는 기억나지 않지만 그것은 1910년경이다. 김응석이 시골로 간 이후에는 김기섭과의 거래에 대하여는 자신이 보증한다는 김응석의 서면이 있었기 때문에 김응석 명의로 거래를 하였다. 그 보증이라는 것은 김기섭이 지급불능인 때에는 김응석이 지급한다는 의미로 해석하고 있다"는 기재 및 증인 신정신장(新井新藏, 아라이)의 신문조서 중 "1911, 12년경부터 작년 5월경까지 김기섭과 곡물에 관한 거래를 한 결과, 약 7, 8000원의 채권을 갖고 있다. 이것은 김기섭은 피항소인(상고인)과 공동객주영업자로서 피항소인은 물주, 김기섭은 그 차인으로서 영업을 하고 있었던 것으로서 상관습(商慣習)상 공동영업에 대하여는 차인명의로 거래를 하여도 그 책임은 물주가 부담하여야 할 뿐만 아니라 피항소인은 김기섭과의 거래에 관하여는 일체 자신이 인수한다고 하였기 때문에 피항소인을 신용하고 거래를 한 것이고, 진남포에는 증인 이외에 그 밖에도 피항소인을 믿고 김기섭과 거래를 하고 있었던 자가 많다"라는 기재가 있어 위 기재와 갑 제4호증 그 밖의 증거를 종합하여 원심인정과 같이, 1912년 7월 이전에는 물론 그 후에도 상고인은 물주, 김기섭은 차인으로서 객주영업을 하고, 그 관계에서 피상고인과 거래를 하여 온 것이라고 판정할 수 있다. 따라서 원심은 단지 갑 제4호증의 문면만으로 위 판정을 한 것이 아니다. 또한 논지 중 "피상고인도 1911년 가을 이전에는 김기섭이 상고인의 차인이 아님은 역시 다투지 않는 바이다"라고 하지만, 원심 구술변론조서 및 이를 인용한 제1심판결의 사실적

시에 의하면 피상고인이 “피고(상고인)는 수년 전부터 진남포에서 객주업을 하고 있었고, 원고(피상고인)와 운운에 관하여 상거래를 하여 왔지만, 1911년 가을 경 피고는 병으로 그 본적지 안악군으로 귀향하고, 그 처의 동생으로서 차인인 김기섭에게 영업의 전권을 위임하고 그 취지의 통지를 하였기 때문에 원고는 그 후에도 계속하여 피고의 차인인 김기섭과의 사이에 상거래를 지속하였고 1915년 2월 5일까지의 계산관계는 아래와 같이 …”라고 주장하고, 상고인이 “위 거래금액은 피고가 1912년 7월 중 그 객주업을 폐지한 후 소외 김기섭이 피고와 아무런 관계없이 독자(獨自)로 별도의 동업을 경영하며 그 명의로 원고와 거래를 한 금전으로서 …”라고 항쟁한 것이라면, 1911년 가을 이전에는 김기섭이 상고인의 차인이 아닌 사실에 관하여 당사자 간 다툼이 없는 것이라고 할 수 없다. 그리고 원심은 상고인(피항소인)이 1912년 7월 이후에 피상고인(항소인)에게 발송하였다고 인정할 수 있는 갑 제3호증, 같은 제6호증의 1, 2 및 같은 제9호증의 각 서면의 문지(文旨)와 그 이전에 피항소인이 항소인에게 발송한 것으로 인정되는 갑 제2호증 및 제5호증의 각 서면의 문지(文旨)를 대조해보면, 모두 피항소인이 항소인에 대하여 영업에 관한 금전의 융통을 의뢰하고 그 금전을 직접 김기섭에게 융통하여 주기 바란다는 취지의 기재가 있어 그 사이 영업주에 변경이 발생하는 그러한 흔적을 인정할 수 없는 사실과 그 밖의 증거를 종합하여 물주와 차인의 관계를 인정함으로써 그 관계가 존재한 연월에 관하여 원심의 판단에 불명료한 점이 없고 또한 그 이유에 불비한 위법이 있지 아니하다. 또한 논지 중 갑 제4호증의 성립은 김기섭은 본의가 아니다 라는 등 간접적이고 박약호도(薄弱糊塗)한 증서를 수취하여야 할 리가 없다고 하여 원판결을 비난하는 것은, 상고인 개인의 의견에 의한 원심의 직권에 속하는 증거판단을 비난하는 것에 불과하므로 이유가 없다. 또한 평안남도지방에서 물주 및 차인의 관계로 영업을 하는 자는, 그 영업명의인의 여하에 불구하고 당해 영업에 관한 거래에 관하여 물주 및 차인은 모두 연대하여 그 채무를 부담하여야 하는 관습이 있음은 본원이 이를 인정한다. 그리고 소론과 같이 물주와 차인의 관계에 의하여 연대책임을 부담하는 경우에는, 물주와 차인 모두 양인의 영업명의로 영업을 하는 경우에 한한

다는 관습 및 진남포 그 밖의 조선의 각 항구에서 공동영업자로서 연대책임을 지는 것에 대하여는 미리 그 항구의 상업회의소(이전에 각 항구에 존재한 신상회사)에 대하여 반드시 공동영업의 신고를 하는 관습이 있음은 본원이 이를 인정하지 아니한다. 따라서 원심이 상고인과 김기섭과의 사이에 물주와 차인의 관계로서 영업한 사실을 인정하고 상기 본원이 인정하는 관습에 의하여 그 채무에 관하여 상고인에게 연대의 책임이 있다고 판단한 것은 상당하고 원판결에 관습위반의 불법이 없어 그 논지는 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결 이유 중 (전략) 피항소대리인은 갑 제4호증의 기재를 원용하는 바가 있지만, 동 호증 중 보증 운운의 문자에 대하여는 세간에서 가끔 공동으로 책임을 부담하여야 할 경우에도 또한 이 문구를 사용하는 그런 일도 없지 아니하므로, 이러한 기재로서 위 인정을 번복할 자료로 하기에 부족하다(후략)고 판단하였다. 그러나 갑 제4호증을 보건데, 피상고인으로부터 금전을 차용한 책임자는 김기섭임이 명료하고 또한 "본인의 보증인 김응석" 운운으로 기재된 것으로 본다면, 상고인과 김기섭과의 사이에 공동연대하여 본건의 채무에 대하여 책임을 부담하여야 할 문자를 발견할 수 없음은 실로 명확한 바이다. 그런데 원심에서는 그 보증의 문자로 연대책임을 부담하는 경우에도 세간에서 때때로 사용하고 있는 바 라고 해석하여 상고인의 주장을 배척한 것은 이는 조리에 반하고 또한 증거채택에 관하여 불법이 있는 판결이다.

살피건대, 원심은 "동 호증(갑 제4호증) 중 보증 운운의 문자에 대하여는, 세간에서 가끔 공동하여 그 책임을 부담하여야 할 경우에도 이 문구를 사용하는 그런 일이 없지 아니하므로, 이러한 기재로서 위 인정을 번복할 자료로 하기에 부족하다"고 설시하고, 마치 연대의 의사를 표시하는 경우에 보증의 문자를 사용하는 사례가 있다는 전제하에 갑 제4호증에 보증의 문자가 있다 하여도 또한 이를 연대라고 해석할 수 있다고 인정한 것과 같이 보이는데, 원판결의 취지가 만일 그와 같다고 한다면 그 판정이 부당함은 물론이다. 그러나 원판결 이유의 전단에서 "갑 제4호증은 1914년 12월 27일 김기섭으로부터 항소인(피상고인)에게 제출된 증서로서, 같은 증에는 김기섭이 항소인으로부터 차

용한 금 5,800여 원은 이를 동인이 소지한 약속어음의 추심에 의하여 지급하고, 만일 항소인이 조사 후 어음발행인에게 자력이 없다고 인정할 때에는 김기섭 및 그 보증인 피항소인이 전 책임을 지고 바로 지급하여야 한다는 취지의 기재가 있으므로, 증인 금정면삼(今井勉三, 이마이), 신정신장(新井新藏, 아라이) 등의 증언을 참조하여 고려한다면 …, 피항소인은 물주, 김기섭은 차인으로서 객주영업을 하고 그 관계에서 항소인과 거래하여 온 것이라고 인정함이 타당하다. 그리고 조선 평안남도지방에서는, 물주 및 차인의 관계에서 영업을 하는 자는 그 영업명의인의 여하에 불구하고 당해 영업에 관한 거래에 관하여 물주 및 차인은 모두 연대하여 그 채무를 부담하여야 할 관습이 있음은, 증인 김용홍, 감정인 산근정치(山根政治, 야마네)의 진술에 의하여 명백하므로, 피항소인은 본소의 거래에 관하여 그 차인인 김응섭과 함께 연대하여 채무를 이행할 의무가 있음은 실로 명료하다"라고 되어 있다. 원심은 갑 제4호증 중의 다른 기재와 그 밖의 증거를 종합하여, 본건 당사자 간의 거래에 관하여는 상고인과 김기섭은 연대하여 의무를 부담하는 것이라고 판단하고 있으므로 상기 보증의 문자에 관한 설시의 취지는 갑 제4호증의 보증의 문자는 보통 용례의 의의에서 사용한 것이 아니라고 인정할 수 있다는 취지에 불과하다. 즉, 전게의 원판결 인정의 결과에 기하여 보증의 문자를 해석한 것으로, 단지 보증의 문자만을 들어 바로 연대의 의미로 사용한 것이라고 해석하여 상고인의 항변을 배척한 것이 아니므로, 원판결은 소론과 같은 위법이 있는 것이 아니므로 본 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

원판결 이유 중(전략) 김기섭이 사용한 을 제3호증의 장부에 피항소인을 일반 고객과 같이 취급하고 동인과의 거래를 기장하였다고 하고, 공동영업자 간에 있어서 그 특별관계의 거래에 관하여는 후일 계산을 하는 때에 이를 명확히 하여 둘 필요상 그 관계를 장부에 기재하여 두는 그런 사례는 종종 보는 바이므로, 이들로써 위 인정을 부인하는 자료로 할 수 없다(후술)고 판정하였다. 그러나 을 제3호증에 의하면, 김기섭이 상고인을 일반고객으로 장부에 기입한 것이 실로 다수일 뿐만 아니라, 조선인 간의 영업상 관습으로서 공동영업자 즉, 같은 상인의

거래관계는 양자 간에 특별한 장부를 작성하여 기입하는 것이 예로서 일반고객을 다루는 장부에 기입하는 예는 없다. 그런데 원심에서는 같은 상인의 거래관계에 관하여도 후일 계산을 할 필요상 일반고객과 같이 그 장부에 기재하여 두는 사례는 종종 보는 바라고 범연(泛然)하게 판정한 것은 조선의 상관습에 위배된 불법한 판결이다.

살피건대, 조선인간의 영업상의 관습으로서 소론과 같은 일정한 관례가 있음은 본원이 이를 인정하지 아니한다. 따라서 원심이 비록 공동영업자의 거래관계라 하더라도 일반고객과 같이 기장하여 두는 것과 같은 사례가 종종 있다고 하여, 을 제3호증을 배척한 것은 위법하지 아니하다. 따라서 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제1점은 다음과 같다.

원판결은 그 이유가 불비인 하자가 있다. 원판결이 상고인에 대하여 지급의무를 판정함에 있어서 기본으로 한 이유는, 그 사실적시의 제2쟁점 즉, 계쟁 거래가 소외 김기섭과 피상고인 간에 이루어진 것이라고 하지만, 김기섭과 상고인과의 관계가 법률상 상고인에게 의무를 부담시키는 것에 해당한다는 것이다. 상고인은 제1심 이래 극력 이 쟁점에 관하여 항쟁하여 왔다. 그리고 상고인 김기섭 간의 관계에 관하여 원판결이 설시하는 바의 취지를 보건대, 상고인은 물주, 김기섭은 차인으로 물주와 차인의 관계는 평남지방의 관습으로서 양자 연대책임을 부담하여야 하고, 그 영업명의는 물주나 차인 중 누구의 이름으로 하여도 그 책임에는 차이가 없다는 것이다. 원판결은 물주와 차인의 법률상의 성질이 어떤 것인지를 명확히 하지 아니하므로 이를 논하는 것은 매우 곤란하지만, 원판결문의 전 취지를 보면 이 양자는 공동으로 상행위를 하는 자이거나 민법상의 조합을 구성하고, 그 책임이 연대인 특별성질을 띤다는 것이다. 아무튼 물주와 차인 모두 피상고인에 대하여 전부의 책임이 있다는 점에 있어서는 구별이 없다. 그렇다면 본 소구의 취지 및 이를 채용한 원판결은 모두 물주와 차인의 관계로 공동사업을 하는 것이므로 대리 또는 위임의 관계가 있다고 하여 판결한 것이 아님을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 원판결이 당사자의 진술을 원용한 제1심판결의 사실적시를 본다면, "피고가 1911년 가을경 병으로 그 본적지로 귀향하여 그 처의 남동생으로 차인인 김기섭

에게 영업의 전권을 위임하고 …(중략 각 대차의 구체적 설시가 있다), 원고는 김기섭을 피고의 대리인으로 믿고 위 전부의 거래를 한 것이며 김기섭이 독립영업자로 생각하고 이와 직접 거래한 것이 아니다고 재항변을 하고" 운운으로 되어 있다. 요컨대, 피상고인의 이와 같은 주장은, 차인(差人)인 김기섭은 상고인의 대리인으로서 거래를 하였으므로 그 효력이 상고인에게 미친다거나 또는 이전 김기섭은 상고인의 대리인으로서 거래하여 온 관계가 있으므로 가령 내부관계에서 대리의 관계가 끝나고 독립영업을 한다 하여도 이를 피상고인에게 통지하지 아니한 이상 제3자인 피상고인에 대하여 김기섭으로 대리인이라고 믿게 한 책임상 지급의무가 있다는 것 양자 중 하나로 이상 설명과 같지 않을까 한다. 원판결은 피상고인의 소의 원인인 사실 즉, 김기섭은 상고인의 대리인으로서 행동하였으므로 상고인에게 그 책임이 있다는 주장에 대하여, 상고인과 김기섭이 사업공동자이고 연대책임자라는 전적으로 법률상 성질을 달리한다는 사실을 확인하고 이를 근거로 하여 판정을 내린 것이라고 할 수 있다. 또는 피상고인의 주장은 이 양자를 겸유한다는 것 환언하면 사실의 주장은 제1심과 같이 전자는 대리관계로 하고, 제2심 쟁점적시에서 공동관계 연대관계를 주장한 것이다. 이것은 양립하지 아니하는 다른 2개의 사실로 원인을 정한 것이라고 말할 수 있는 전적으로 부적법한 소이다. 따라서 원판결은 이 구별을 확정하지 아니하고 만연히 판단을 한 이유불비인 것에 귀착한다.

살피건대, 원심의 구술변론조서 및 그 인용한 제1심판결의 사실적시에 의하면, "상고인은 수년 전부터 진남포에서 객주업을 하면서 피상고인과 계속 거래하여 왔는데, 1911년 가을경 병으로 그 본적지 안악군으로 귀향하게 되자, 그 처의 남동생으로 차인인 김기섭에게 영업의 전권을 위임하였기 때문에 계속하여 차인인 김기섭과 상거래를 지속하여 본소의 채권을 가짐으로써 위 물주와 차인의 관계로 영업을 하는 자와의 거래에서 발생하는 채무에 대하여 상고인은 피상고인에 대하여 책임이 있다…"라고 되어 있고, 피상고인이 상고인의 차인인 김기섭과의 거래에서 발생하는 본소의 채권에 대하여 상고인에게 지급의무가 있다고 주장하는 이상은, 상고인과 김기섭과의 관계가 대리 또는 위임의 관계라고 주장하거나 공동사업의 관계라고 주장하더라도,

상기 채권관계인 본소의 청구원인을 변경하지 아니함으로써, 원심이 증거에 의하여 상고인은 물주, 김기섭은 차인으로서 상고인은 그 채권에 대하여 연대하여 책임이 있다고 판단한 것은 상당하며 아무런 위법이 아니다. 따라서 논지는 이유가 없다.

추가상고이유 제2점은 다음과 같다.

원판결이 상고인과 김기섭 간에 1912년 7월 이후에도 종전과 같이 물주와 차인의 관계가 계속되고 있었고, 상고인이 항변하는 그 후의 거래는 김기섭의 단독행위라는 항변을 배척한 이유를 본다면, 1. 1912년 7월 이후 상고인이 피상고인에게 발송하였다고 인정되는 갑호증 및 그 이전에 발송한 갑호증의 문언의 내용에 모두 영업에 관한 금전의 융통을 의뢰하고, 그 금전을 직접 김기섭에게 융통하여 달라는 취지의 기재가 있는 점, 2. 1914년 12월 27일 김기섭으로부터 피상고인에게 제출된 증서(갑 제4호증)에 김기섭 및 그 보증인 상고인이 전적으로 책임을 지고 바로 이를 지급한다는 취지의 기재가 있다는 점의 위 두 사실을 근거로 하였다. 이 두 사실이 과연 원판결이 인정하는 바와 같이 김기섭과 상고인과의 물주, 차인의 관계(가령 공동사업으로 본다)를 인정함에 적합한지의 여부를 고찰하건대, 1.의 사실은 즉, 상고인이 주장하는 것과 같이 상고인은 사업으로부터 이탈하여 김기섭이 단독으로 영업을 하였지만, 김기섭은 상고인의 처의 남동생으로 또한 피상고인은 종전부터 이 사업에 자금을 공급한 관계가 있었으므로, 종전과 같이 자금을 융통하여 달라는 취지의 의뢰장에 그치고, 보통 일반거래와 같이 타인을 위하여 자금을 공급해 줄 것을 간청하여 주는 사례는 흔한 일로 이와 같은 사실로서 그 원조를 구한 것을 사실상의 책임자라고는 생각되지 아니하고, 오히려 자기가 사업상 책임자가 아니라는 반대의 의사를 추정하는 자료로서 적합하다 할 것이다. 2.의 사실은 그 증서의 문언의 취지가 보여주는 바와 같이, 오히려 타인을 위하여 보증의 책임을 갖게 하는 것임을 명백하게 하는 것이다. 즉, 상고인이 사업의 책임자가 아님을 명시하는 것이라고 말할 수 있다. 원판결은 이에 대하여 보증 이라는 문자는 세상에서 종종 공동으로 책임을 부담하여야 할 경우에도, 역시 이와 같은 문구를 사용하는 일이 없지 아니하므로 … 라고 설명하고 있다. 그러나 보증이라는 것은 고

래 일반적으로 타인의 채무를 부담하고 이를 보상하는 경우 이외에 사용되는 예가 없다. 자기 본래의 의무를 확정하는 의미로는 절대로 사용된 일이 없다. 원판결은 어떠한 사례에 기하여 이와 같이 추론하였는지 이해하기 곤란하다. 과연 그렇다면 사실인정은 원심의 전권이라고 하여도 보통의 관념에서 어떤 추정을 내릴 수 없는 경우에, 아니 오히려 반대의 추론을 야기하는 사실을 받아들여 이와 같이 잘못 판단을 한 것은 이 역시 이유불비임을 면할 수 없다.

살피건대, 원판결에 인용된 1912년 7월 이후 상고인으로부터 피상고인에게 발송되었다고 인정되는 갑호증 및 그 이전에 발송된 갑호증의 문장의 취지 모두, 상고인이 피상고인에게 영업에 관한 금전의 융통을 의뢰하고, 그 금전은 직접 김기섭에게 융통하여 달라는 취지의 기재는, 반드시 소론 1.과 같이 공동사업의 책임자가 아닌 사실의 확증으로만 추정할 수 있는 것이 아니므로, 원심이 상고인과 김기섭과의 영업주에 변경이 발생한 흔적을 인정할 수 없다고 판단한 것은 원심직권의 행사에 속하고 위법하지 아니하다. 또한 원심이 갑 제4호증 중 보증의 문자는 세상에서 종종 공동으로 책임을 부담하는 경우에 사용한다고 설명한 것이 타당하지 아니함은 논지 제2점에서 설명한 것과 같지만, 원심은 당해 증거의 내용을 원판결이 인용한 그 밖의 증거와 종합하여 판단의 자료로 삼아 상고인이 본건 공동사업에 관하여 연대의 책임이 있다고 판단한 것은 판결의 전 취지에 비추어 명백하고 반드시 이와 같이 추단할 수 없는 것이 아니므로, 원판결은 상당하고 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조의 규정에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

153 임대료청구에 관한 건
〔대정5년민상제280호 1916년 12월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 이성(異姓)의 자를 양자{수양자(收養子)의 경우를 제외한다}로 할 수 없는 것은 조선에서의 고래의 관습이다(상고이유 제2점).

【제 1 심】 평양지방법원
【제 2 심】 평양복심법원
【상고인】 노창수
【피상고인】 김동순

위 당사자 간의 임대료 청구사건에 관하여 1916년 11월 10일 평양복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 당원은 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

원심이 판결의 이유로 인정한 사실은, 청구의 원인인 상여(喪輿) 일구(一具)는 항소인[1]이 빌린 것이 아니므로 항소인에게는 그 차임지급의 의무가 없다는 것이며, 그 증거로서 "피항소인[2]은 항소인이 위 소외 유상만의 양자인 관계상 항소인이 장례식을 하였다는 취지의 주장을 하고 있지만, 항소인은 위 소외인과 성을 달리할 뿐만 아니라, 동 소외인이 당심에서 진술한 바에 의하여도 양자가 아니다"라고 설명하

1) 피고, 피상고인
2) 원고, 상고인

였다. 그러나 소외 유상만은 원심에서 아직 민적 신고 절차는 밟지 않았지만, 5, 6년 전에 이미 항소인을 양자로 하였다는 취지의 반대 사실을 진술하였다. 또한 성이 다른 이유는 민적(民籍)신고를 마치지 아니하였기 때문이며 이를 들어 양자(養子)가 아니라고 말할 수 없다. 그럼에도 위와 같이 만연히 양자가 아니므로 장례식 비용인 본건 청구를 부당하다고 인정한 것은 조선 고래의 관습을 무시하고 내지인(內地人)에게만 적용되는 민법 요식계약의 규정을 적용한 것이 된다. 따라서 이것은 법칙을 부당하게 적용한 위법이 있다. 또한 증인 이재훈의 증언(피상고인이 유상만의 양자로서 동인 집에서 동거하였다는 사실의 증언)은 믿지 아니하고, 증인 현기혁의 진술{피상고인의 양모(養母)의 장례식 후 상고인은 피상고인에 대하여 상여(喪輿)의 차임지급을 구하였는바, 피상고인은 그 차임 10원을 인정하고 그 중 4원을 지급하였다는 취지의 진술} 취지로는 아직 이를 인정하기에는 부족하다고 설명하였다. 그리고 소위 위에서 인정한 것은 항소인(피상고인)은 유상만의 양자가 아니며, 처의 장례식은 그 부(夫)가 행하는 것이 일반적인 예이다는 것으로, 양자가 아니라고 인정한 것은 오류로 위법임은 전술한 바와 같다. 또한 비록 처의 장례식을 부(夫)가 행하는 예가 없지 않다고 하여도, 자(子)가 그 모의 장례식을 행하는 것이 가장 일반적인 예임에는 틀림없으며, 이 경우 그 자가 양자(養子)이든 실자(實子)이든지 간에 아무런 차이가 없는 것이다. 그것은 이미 양자가 아니라고 인정한 위법이 있는 이상 기타는 조금도 이유로 하기에 부족하다. 그런데도 이와 같이 부당하고 위법한 인정을 전제로 하여 증인 이재훈 및 현기혁의 증언을 배척하고, 단지 처의 장례식은 부(夫)가 행한다는 예를 이유로 들어 본건 상여(喪輿)는 피상고인이 빌린 것이 아니라고 하여 상고인의 청구를 인정한 제1심판결을 폐기한 것은 사실을 부당하게 인정한 이유불비의 판결이다.

살피건대, 원심 증인 유상만의 신문조서에 의하면, "증인은 5, 6년 전 항소인을 양자(養子)로 하기로 약속하였지만, 아직 민적(民籍)상 양자로 되어 있지 아니하다"라고 되어 있고, 그 진술은 5, 6년 전 피상고인을 장래에 양자로 하기로 약속하여 둔 일이 있지만 아직 현실로는 양자로 하지 아니하였다는 취지로 해석할 수 없는 것은 아니므로, 원

심이 그 증언에 의하여 그가 아직 양자가 아닌 것으로 인정한 것은, 증거판단 및 사실인정에 관한 원심의 직권행사이므로 이를 비난하는 논지는 이유가 없다. 또한 원심은 유상만과 피상고인이 성이 다르다는 사실 및 유상만의 상기 증언에 의하여 피상고인이 유상만의 양자가 아님을 인정한 것이고, 민적의 신고가 미료임을 이유로 양자가 아니라고 인정한 것이 아니며, 입양의 성립에 관한 민법 요식행위의 규정을 적용한 것이 아님은 명백하다. 따라서 상고인이 조선 고래의 관습을 무시하고 내지인에게만 적용되는 민법 요식계약의 규정을 적용한 위법이 있다고 말하는 논지는 전적으로 그 이유가 없다. 또한 증거취사 및 사실인정은 원심의 직권에 속하는 것이므로, 원심이 증인 이재훈 및 증인 현기혁의 각 증언을 배척한 것은 그 직권의 행사이다. 뿐만 아니라 이미 원심에서 피상고인이 유상만의 양자가 아님을 인정하고 그 인정이 위법이 아님은 전술한 것과 같은 이상은, 처가 사망하고 그 부(夫) 및 그 양자가 있는 경우에 부자 중 어느 쪽이 그 장례식을 하는 것이 통례인가라는 논지는 이를 차치하고, 본건에서는 유상만의 처의 장례식은 그 부(夫)인 유상만이 이를 하는 것으로 통례로 하여야 하며, 원심이 인용하는 증인 유상만도 자신의 처의 장례식은 자신이 그 비용을 내어 이를 하였다는 취지의 진술을 함으로써 원심이 그 이유 및 증거에 의하여 본건 상여(喪輿)를 상고인으로부터 빌린 자는 즉 유상만이고 피상고인이 아님을 인정하고, 상고인의 피상고인에 대한 본건 청구를 배척한 것은 그 직권의 행사이므로 이러한 것을 비난하는 논지는 상고이유가 되지 아니한다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

본건에서는, 유상만의 망처의 장례식을 한 것은 유상만인지 아니면 피상고인인지를 결정하는 것은 극히 필요한 것이라고 사료된다. 그리고 상고인이 주장하는 유상만의 망처(亡妻)의 장례식은 피상고인이 한 것이라는 점에 대하여, 원심에서는 피상고인은 유상만과 성을 달리할 뿐만 아니라 유상만의 진술에 의하여도 양자가 아니라고 증명되었다고 한다. 그러나 성을 달리 하면 왜 양자가 아닌지, 양자가 입양 후 당분간 본가의 성을 칭하는 것은 조선 고래의 관습이다. 또한 유상만의 진술은 5, 6년 전 양자로 하였다는 취지를 진술하고 있는 것임에도, 진

술에 의하여 양자가 아니라고 말하는 것은 전적으로 반대의 사실을 인정한 것이다.

살피건대, 이성(異姓)의 자(者)를 양자(수양자의 경우를 제외한다)로 할 수 없음은 조선에서의 고래의 관습이고, 이성의 자가 양자가 되어 당분간 본가의 성을 칭하는 것과 같은 관습의 존재는 당원이 이를 인정하지 아니한다. 뿐만 아니라 증인 유상만의 진술취지에 대하여는 상고이유 제1점에서 이미 이를 설시한 바이다. 따라서 원심이 피상고인은 유상만과 성을 달리할 뿐만 아니라, 증인 유상만의 진술에 의하여도 양자가 아니라고 설명한 것은 상당하므로, 이를 비난하는 논지는 이유가 없다.

상고이유 제3점은 다음과 같다.

피상고인이 유상만의 처가 사망한 후 고래의 예에 따라 양자로서 1년간 그 상복(喪服)을 입은 것은 피상고인이 인정하는 바이다. 그럼에도 이 현저한 사실을 망각하고 아무런 설명도 하지 아니한 채 만연히 양자가 아니라고 인정한 것은 이유불비임을 면할 수 없다.

살피건대, 원심 구술변론조서를 본다면, 피상고인이 유상만의 처가 사망한 후 고래의 예에 따라 양자로서 1년간 그 상복을 입은 사실에 대하여는 상고인이 이를 주장한 사실이 없고 피상고인도 이를 인정한 흔적이 없다. 따라서 본 논지는 필경 자신의 의견에 기하여 피상고인이 인정하지 아니한 사실을 마치 인정한 것과 같이 보고 원판결을 공격하는 것이므로 그 이유가 없다.

상고이유 제4점은 다음과 같다.

이미 이상의 인정이 아무런 근거가 없는 이상은, 처의 장례식은 부(夫)가 이를 하는 것이 통례라고 함으로써 본건 역시 피상고인이 장례식을 행한 것이 아니라고 인정한 것은 전혀 그 근거가 없다 할 것이다. 가령 수보(數步) 양보하여 피상고인은 유상만의 양자가 아니고 장례식은 유상만이 치루었다고 하더라도 이로써 피상고인이 상고인에 대하여 채무가 없다고 말할 수 없다. 이상의 쟁점은 피상고인이 책임을 지기에 이른 연유로서, 직접의 원인은 피상고인이 상고인에 대한 계약에 있고, 즉 피상고인은 상고인에 대하여 상여(喪輿)를 대여할 것을 청약하고 상고인은 동인을 믿고 그에게 대여를 한 것이다. 따라서

피상고인은 임대료지급의 의무가 있다. 그러므로 이 사실과 증인 이재훈 및 현기혁의 증언을 참작한다면 동인의 책임이 있음이 자명하다. 그럼에도 원심이 유력한 반대의 증거가 없음에도 이를 배척한 것은 부당하다.

살피건대, 원심은 그 판결 이유에 의하면, 피상고인은 유상만과 성을 달리 할 뿐만 아니라 유상만의 증언에 의하여도 양자가 아니며, 처의 장례식은 부(夫)가 그 비용을 지출하여 치루는 것이 일반적인 예라고 하고, 유상만의 증언에 의하여도 동인 처의 장례식은 동인이 지출한 비용으로 치룬 것이 명료하므로 본건의 상여(喪輿)일구(一具)를 상고인으로부터 빌린 자는 피상고인이 아니고 유상만이라고 인정한 것은 상당하다는 취지를 설명하고, 증인 이재훈 및 증인 현기혁의 진술을 배척하고 상고인의 청구를 기각함으로써 그 위법이 아님은 상고이유 제1점 내지 제3점에서 이미 설시한 바이다. 즉, 상고인이 피상고인에게 본건 상여(喪輿)를 대여하였다는 주장사실은 부정된 것이고, 증인 이재훈 및 증인 현기혁의 진술은 배척된 것이다. 따라서 상고인이 그 부정된 사실 및 배척된 증거를 들어 원판결을 공격하는 것은, 필경 원심의 직권에 속하는 증거취사 및 사실인정을 비난하는 것이므로 상고이유가 되지 아니한다.

상고이유 제5점은 다음과 같다.

증거의 취사(取捨)가 비록 사실심의 직권에 속한다고 하여도 유력한 증거를 배척하려면 충분한 이유가 있어야 한다. 그럼에도 원심판결은 전술과 같이 재판에 그 이유를 붙이지 아니하였으므로 이는 이유에 잘못이 있는 위법한 판결이다.

살피건대, 증거배척의 이유는 이를 설시할 필요가 없으므로 비록 이를 설시하지 아니하였다 하더라도 그 배척을 이유 없이 배척한 것이라고 단정할 수 없다. 그리고 원판결에 위법한 점이 없음은 상고이유 제1점 내지 제4점에서 이미 설시하였으므로 본 논지는 그 이유가 없다고 하여야 할 것이다.

위 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 제1항, 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

154 산지소유권확인 및 벌채 송연목(松椽木)인도청구에 관한 건 〔대정5년민상제293호 1916년 12월 28일 판결〕

【판결요지】

1. 착오를 이유로 하여 자백을 취소하기 위여는 착오에 의한 것임을 증명하여야 한다(상고이유 제2점).

1. 민사소송법 제418조에 의하여 제1심에서의 자백을 제2심에서 효력이 있게 하기 위하여는 제2심에서 당사자가 그 자백을 인용(引用)하여야 한다(상동).

【제 1 심】 경성지방법원
【제 2 심】 경성복심법원
【상고인】[1] 조원구
소송대리인 최진
【피상고인】[2] 조명구

위 당사자 간의 산지소유권확인 및 벌채 송연목(松椽木)인도 청구사건에 관하여 1916년 10월 4일 경성복심법원이 선고한 판결에 대하여 상고인으로부터 상고의 제기가 있으므로 아래와 같이 판결한다.

【주 문】

본건 상고는 이를 기각한다.
소송비용은 상고인의 부담으로 한다.

---

1) 항소인, 원고
2) 피항소인, 피고

【이 유】

상고이유 제1점은 다음과 같다.

생각건대, 조선 내에서는 한 문중이 공유하고 있는 임야는 법정기한 내에 문중원 전원 또는 문중의 총대(總代)나 공유자의 1인의 자격으로 지적보고(地籍報告)를 하지 아니할 때에는 그 공유권이 상실되고 국유로 귀속되는 것으로 되어 있다. 그런데 원판결 이유 중에는 "본건 임야는 이와 접해 있는 다른 임야와 함께 그전부터 한평군(漢平君)의 자손인 조가(趙家) 문중에서 장사를 지내고, 또한 그 산을 잘 지키고 가꾸어 온 지역으로 위 문중원(門中員) 전원의 공유에 속하고 종손 조종구가(趙鍾九家)의 전유가 아니라고 인정함이 타당하다 할 것이다" 중략 "또한 본건 임야에 관하여 항소인(상고인)의 선대(先代)가 지적보고를 한 사실은 당사자 간에 다툼이 없는 바이지만, 증인 조동민은 항소인가(抗訴人家)는 계쟁지에 장사를 지낸 조도보의 종손으로서 세력이 있고 또한 당해 지역의 관리를 하기에 가장 적당하다고 하여 항소인가(抗訴人家)를 문중의 총대로서 지적보고를 하게 하였다는 취지의 진술을 하였으므로, 당해 사실은 아직 항소인가(抗訴人家)의 단독소유권을 인정할 자료로 하기에 부족하다고 인정한다"고 판시하였다. 일반적으로 증거의 취사는 사실심의 직권에 속하는 것이지만, 증인의 증언이 당사자의 주장사실에 상반하는 경우에는 그 상반된 부분은 허위인 증언이라고 말하여야 한다. 이와 같이 허위의 증언을 진실한 증언이라고 오인하여 판단의 자료로 사용하였다고 한다면, 이는 채증법칙 위반이라고 하여야 할 것이다. 그렇다면 원심이 상기와 같이 판시한 것은, 위 조동민의 말의 문중 총대 운운의 점을 채용하여 이와 같이 상고인가(上告人家)는 문중의 총대로서 지적보고를 하였으므로, 본건 임야는 조가문중원 전원의 공유에 속하고 종손인 조종구가의 전유가 아님은 물론 상고인의 단독소유가 아니라는 취지로 판시한 것이라고 하여야 할 것이다. 그렇다면 이 판시의 요점은, 위 조동민의 증언과 같이 상고인 선대가 문중의 총대로서 지적보고를 하였는지의 여부에 있다고 할 것이며, 가령 상고인의 선대가 문중의 총대로서 지적보고를 하지 아니한 경우에는 본건 임야는 문중원 전원의 공유라고 할 수 없다. 원래

문중의 총대란 문중원 전원이 대종손 또는 문장(門長) 그 밖의 어느 문중원에게 그 사항을 위임하고 대종손 또는 문장 그 밖의 어느 문중원이 이를 수임하는 것을 지칭하는 것이다. 그런데 본건에서 한평군(漢平君) 지손(支孫)으로 조도보의 종손인 상고인의 선대가 문중의 총대 또는 공유자의 일인으로서 지적보고를 하지 아니한 것은 본건 기록상 명료하다. 즉, 대종손인 조중구의 '본건 임야는 자기 종손가의 단독소유로 상고인에게 양여하였다'는 취지의 진술 및 문장(門長)인 장범하의 '본건 임야는 상고인가의 소유라는 취지'의 진술 등에 의하면, 이러한 것은 일개 문원(門員)으로서 본건 임야의 지적보고사항을 상고인의 선대에게 위임한 일이 없다고 하여야 할 것이다. 그렇다면 문중 전원이 상고인 가(家)에 대하여 지적보고사항을 명시 또는 묵시로 위임하지 아니한 점 및 상고인의 선대가 공유자의 일인으로서 지적보고를 하지 아니한 점은 명백한 사실이다. 과연 그렇다면 위 조동민의 이 점에 관한 증언은 그 자체가 허위임에 대하여는 더 이상의 언급을 요하지 아니하는 바이다. 그럼에도 원심은 이와 같은 조동민의 허위 증언 하나로 본건 임야에 대하여 상고인의 선대가 문중으로부터 위임받아 총대로서 그 지적보고를 하였으므로 문중 전원의 공유에 속한다고 판단한 것은 불법이라고 하여야 할 것이다. 왜냐하면 위 조동민의 증언이 허위라고 한다면, 상고인 선대가 문중의 총대로서 지적보고를 한 점에 대하여 아무런 입증이 없는 것으로 그것이 문중원 전원의 공유라고 할 수 없기 때문이다. 결국 원심은 채증법칙을 위반한 위법한 판결이다.

살피건대, 원심은 증인 조동민의 본건 임야는 이와 접해 있는 다른 임야와 함께 조가(趙家) 문중의 공유에 속하며, 그 전부터 문중이 자유로이 이곳에 장사를 지내고 또한 그 산을 잘 지키고 가꾸어 온 것이고, 1914년경 조종구는 그 일부를 내지인(內地人)에게 전당잡혀 문제를 일으켰는데, 문중 각 파는 대표자를 내어 이를 환매한 다음 조중구의 명의로 있게 되면 그가 다시 이를 사적으로 처분할 염려가 있다고 하여 문중 공유 명의로 증명을 받기로 한 것이라는 취지의 진술과 그 밖의 증거를 종합하여 볼 때, 본건 임야는 이와 접해 있는 다른 임야와 함께 그전부터 한평군(漢平君)의 자손인 조가(趙家) 문중이 장사를

지내고 또한 그 산을 잘 지키고 가꾸어 온 지역으로서 위 문중원(門中員) 전원의 공유에 속하고 종손 조중구가(趙鍾九家)의 전유가 아니라고 인정함이 타당하다고 설시하고 있으며, 위 증인 조동민의 신문조서 중에 기재된 상고인가(上告人家)를 문중의 총대로 하여 지적보고를 하였다는 취지의 진술 부분은 위에서 인정한 자료가 아니다. 그리고 원판결의 이유의 말단에서 “본건에 대하여 항소인(상고인)의 선대가 지적보고(地籍報告)를 한 사실은 당사자 간 다툼이 없는 바로서, 증인 조동민은 계쟁지에 매장되어 있는 조도보의 종손으로 세력이 있고 또한 당해 지역의 관리를 하기에 가장 적당하다 하여 항소인가(抗訴人家)를 문중의 총대로 하여 지적보고를 하게 하였다는 취지의 진술을 하고 있기 때문에 당해 사실은 아직 항소인가의 단독소유권으로 인정하는 자료로 하기에 부족하다고 인정한다”고 설시하고 있고, 증인 조동민의 증언을 인용한 것은 상고인가(上告人家)의 단독소유라는 주장을 배척하기 위하여 이를 인정한 것에 불과한 것으로서 상고인가가 문중의 총대(總代) 자격으로 지적보고를 하였으므로 본건 임야는 조가(趙家) 문중원 전원의 공유에 속한다는 취지로 인용한 것 같이 논하여 원판결을 비난한 것은, 원판결을 취지에 부합하지 아니하다. 그리고 원심의 구술변론조서 중 “피항소대리인(피상고인)은, 항소인(상고인)의 선대가 지적보고를 한 사실은 다투지 아니한다고 말하였다”고 되어 있지만, 피상고인은 본건 임야를 조가(趙家) 문중의 공유임을 주장한 것이므로 상고인 선대가 자신의 단독소유로 하여 지적보고를 한 것임을 인정한 것이라고 하기 어렵다. 따라서 상고인의 선대가 한 지적보고가 문중의 총대(總代)로서 한 것인지 또는 상고인 선대가 자기 단독의 소유로서 한 것인지에 대하여는 당사자 간 다툼이 있다고 할 수 있기 때문에, 상기 증인 조동민이 상고인가를 문중의 총대로서 지적보고를 하게 하였다는 취지의 증언을 하여 상고인의 주장에 반하는 진술을 하였다고 하여도 이로써 당해 진술이 당연히 허위의 진술이라고 할 수 없으며, 이를 신용하는지의 여부는 근본적으로 원심의 직권인 증거판단의 범위에 속한다. 따라서 본 논지는 필경 상고인 개인의 의견을 주장하여 원심의 직권에 속하는 증거의 취사를 비난하는 것에 불과하므로 이유가 없다.

상고이유 제2점은 다음과 같다.

제1심 이래 상고인의 주장사실은, 본건 임야는 원(原) 대종손인 조종구 가(家)의 단독소유였던 바, 조종구의 7대조 조상태는 상고인 가(家) 7대조 조상강에게 본건 임야의 서남부분을 양여하고, 그 후 조종구는 융희 3년(1909년) 상고인의 선대 조동준에게 본건 임야의 동북부분을 양여한 결과, 본건 임야는 상고인가(上告人家)의 단독소유이다는 것이나, 피상고인은 이에 대하여 1915년 11월 29일부 본건 구술변론조서에 의하면 "계쟁 임야는 조종구 7대조인 조상태의 소유였는데 그 중 남반부를 위 조상태가 원고의 7대조에게 증여하고, 북반부를 조종구가 원고 선대에게 증여한 것은 원고 주장과 같다" 중략 "이상의 사실을 제외하고 원고의 주장은 전부 이를 인정한다"는 취지의 답변을 하였다. 그렇다면 본건 임야는 조종구가의 단독소유라는 점 및 이것이 상고인가로 양여되었다는 점은 모두 승인, 즉 상고인의 주장사실은 다투지 아니한 것이고 이것이 민사소송법상 자백임은 한 점의 의문도 존재하지 아니하는 바이다. 그럼에도 피상고인은 1915년 12월 6일자 본건 구술변론조서에 의하면, 피상고인은 상기 자백인 진술은 착오에 기한 바가 적지 아니하다는 이유로 전부 이를 철회하고, 상고인은 위 자백인 진술을 상고인의 이익으로 인용하였다. 원래 자백의 취소는 그 착오에 의한 것임을 입증한 때에 법원이 이를 그 증거로 채용함으로써 유효하다고 인정할 수 있다고 할 것이다. 그러나 본건 피상고인의 자백과 같이 그 착오에 의한 점에 관하여 제1심 이래 아무런 입증이 없고 단지 이를 철회한다는 의사를 표시한 것에 불과하다면, 그 취소행위는 그 효과가 없을 뿐만 아니라, 가령 그 입증이 있다고 하여도 법원이 그 증거를 채용하여 그 승인의 취소가 유효하다는 취지의 설명이 없는 경우에는 그 취소행위는 법이 허용하지 아니하는 것이고 당연히 그 자백은 유효하다고 하여야 한다. 그런데 본건 기록 중에 의하면, 피상고인의 자백의 취소는 이에 대한 입증이 없을 뿐만 아니라 본건 제1심판결 및 제2심판결의 이유에 의하여도, 그 취소는 채증상 유효하다는 취지로 판시한 일이 없고, 단지 제1심 검증조서 증인의 조학구 등의 증언으로 본건 임야는 조가문중의 공유라는 취지를 판시한 것뿐이라면, 이것이 바로 상기 피상고인의 자백의 취소에 대한 증명이

라고는 추론할 수 없다. 만일 그 취소행위를 유효로 확정한다고 한다면, 어떤 증거로 그 취소가 이유있는지의 취지를 설명하고 그 사실을 확정하여야 한다. 그와 같은 설명이 없는 경우에는 어떠한 증거를 채용하여 그것이 착오에 의한 것이라고 인정하였는지의 점을 알 수 없다. 따라서 이 점에 관하여는 우선 제1심판결은 자백에 관한 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이라고 하여야 한다. 그런데 원심이 위와 같이 피상고인이 한 자백의 취소에 대하여 아무런 설명을 하지 아니하였을 뿐만 아니라, 그와 같은 제1심판결을 시인하고 만연히 상고인을 패소시킨 것은 결국 자백에 관한 법칙을 적용하지 아니한 위법한 판결이고 또한 이유불비의 위법한 판결이다.

살피건대, 제1심의 구술변론조서를 본다면, 피상고인은 그 제1회의 구술변론에서 계쟁 임야는 상고인가의 단독소유라는 상고인 주장에 대하여 "계쟁 임야는 조종구의 7대조인 조상태의 소유였던 점, 그 중 남반부를 조종구의 7대조가 원고의 7대조에게 증여하고, 북반부를 조종구로부터 상고인 선대에게 증여한 점은 원고 주장과 같다. 그러나 원고 가(家)는 피고 가(家)와는 달리 그 지손(支孫)으로서 유래된 임야의 소유권은 종손이 아니면 취득할 수 없으므로, 조종구 및 그 선조가 바로 원고가에 대하여 이를 증여한 것은 부당하고 따라서 원고는 그 소유권을 취득할 수 없으며 그 소유권은 피고에게 귀속된다는 등의 사실을 제외한 원고의 주장은 전부 이를 인정한다"고 답변하고, 그 후 동 제2회 구술변론에서 피고(피상고인)대리인은 "전회 변론시에 피고 본인의 진술은 착오에 기한 바가 적지 아니하므로 전부 철회한다고 말하고, 나아가 답변서 기재와 같이 신청 및 사실을 진술을 한다"고 하였다. 만일 위 피고의 진술 중 착오에 기한 이유로 자백을 취소한 것이 있다고 하면, 그 착오에 의한 것임을 증명하지 아니하는 한, 자백은 취소의 효과가 발생하지 아니한다고 하여도, 민사소송법 제418조의 규정에 의하여 제1심에서의 자백을 제2심에서 효력이 있게 하려면 당사자로부터 제2심에서 그 자백을 인용하여야 하며, 이를 인용하지 아니하는 한은 동심에서 자백으로서 그 효과가 없는 것이고, 원심의 구술변론서 중 상고인이 상기 답변을 자백으로 하여 이를 인용한 흔적이 없으므로 인용하지 아니한 것이 명백하기 때문에 당해 자백은 제2

심에서 자백으로서의 효력을 갖지 아니한다. 따라서 그 자백이 착오로 인하여 유효하게 취소되었는지의 여부를 판단할 필요가 없고, 원심이 이에 관하여 아무런 설명을 하지 아니하고 상고인의 본소 청구를 배척한 것은 상당하며 논지는 이유가 없다.

이상 설명과 같이 본건 상고는 이유가 없으므로 민사소송법 제439조 및 제77조에 의하여 주문과 같이 판결한다.

고등법원 민사부

국역 고등법원판결록 제3권(민사편 – II)

2007년 12월 11일 인쇄
2007년 12월 27일 발행

발 행 법원도서관
인 쇄 성문인쇄사
02) 2272-7553

〈비매품〉